Die privatrechtlichen Nebenwirkungen einer im Ausland erhobenen Klage

(Ein Beitrag zur Frage der inländischen Bedeutung ausländischer juristischer Tatsachen)

Christian Kudlich

1962

Die privatrechtlichen Nebenwirkungen einer im Ausland erhobenen Klage

(Ein Beitrag zur Frage der inländischen Bedeutung ausländischer juristischer Tatsachen)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

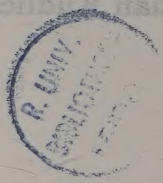
Christian Kudlich

München 1962

A. Schubert, München 5, Corneliusstr. 21 · Telefon 221777

Referent: Professor Dr. M. FERID
Correferent: Professor Dr. R. POHLE

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1962



MEINEN ELTERN

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
Literaturverzeichnis		VIII
1	EINLEITUNG	1
1.1	Abgrenzung	1
1.2	Verhältnis zum internationalen Privatrecht	2
1.3	Rechtshängigkeit als Vorfrage?	3
2	DIE PRIVATRECHTLICHEN NEBENWIRKUNGEN EINER IM AUSLAND ERHOBENEN KLAGE	5
2.1	Unterbrechung der Verjährung	5
2.11	Meinungen in der Rechtsprechung	5
2.12	Meinungen im Schrifttum (Übersicht)	7
2.13	Die Meinung Katinszkys	8
2.14	Die Meinung Kallmanns	9
2.15	Eigene Meinung	11
2.151	Vertretbarkeit inländischer und ausländischer Gerichte	11
2.152	Anwendung des Satzes "locis regit actum"?	12
2.153	Berücksichtigung des später erlassenen Urteils	13
2.153.1	"Anerkennung des ausländischen Verfahrens"?	13
2.153.2	Abzulehnende Gründe für die Notwendigkeit der Anerkennung des Urteils	13
2.153.3	Die richterliche Feststellung als Ersatz des Anerkenntnisses	14
2.154	Anerkennung durch welches Recht?	16
2.155	Vorläufiger Eintritt der Unterbrechungswirkung	17
2.156	Wegfall der Unterbrechungswirkung	18
2.156.1	Bedeutung des ausländischen Urteils	18
2.156.2	Deutsche Entscheidungen über die Anerkennung	19
2.157	Analoge Anwendung des § 212 Abs.2 BGB	21
2.16	Verhinderung doloser Unterbrechung der Verjährung	22
2.161	Analoge Anwendung des Art.30 EGBGB? (Neumeyer)	22
2.162	Pragmatische Lösung: Einrede der Arglist (Kallmann)	22
2.2	Unterbrechung der Ersitzung	24
2.21	Vergleich von Ersitzung und Verjährung	24
2.22	Gleiche Lösung wie bei der Verjährungsunterbrechung	24

		Seite
2.3	Wahrung von Ausschlussfristen	26
2.31	Wesen der Ausschlussfristen. Fragestellung	26
2.32	Fälle, in denen es allein auf die Willenserklärung ankommt	26
2.321	Erhaltung der Mängelansprüche beim Viehkauf (§ 485 BGB)	26
2.322	Kein Erbrecht des Ehegatten, gegen den Scheidungsklage erhoben ist (§ 1933 BGB) und ähnliche Fälle	27
2.33	Befristete Gestaltungsrechte	28
2.331	Überblick	28
2.332	Gestaltungsurteile im Prozessrecht	29
2.333	Andere Möglichkeiten der Befristung	30
2.34	Andere Fälle von Befristung, bei denen es auf den Ausgang des Prozesses ankommt	31
2.341	Geltendmachung des Erbrechts gegenüber dem Fiskus (1965 BGB)	31
2.342	Ausübung der Besitzschutzansprüche (§ 864 BGB)	31
2.343	Anfechtung im Konkurs und ausserhalb des Konkurses	31
2.344	Ansprüche des Versicherungsnehmers (§ 12 VVG)	32
2.345	Erhaltung des Vermieterpfandrechts (§ 561 BGB)	33
2.346	Keine Unterbrechung der Ersitzung (§ 940 BGB)	34
2.35	Der Anerkennung durch welchen Staat bedarf das Urteil?	34
2.351	Gestaltungsurteile; § 1965 BGB; § 864 BGB; § 41 KO; §§ 3, 12 AnfG; § 12 VVG	34
2.352	§ 940 BGB	35
2.353	§ 955 BGB	38
2.354	§ 561 BGB	39
2.36	Wahrt auch hier die Klage, die zu einem nicht anerkennungsfähigen Urteil führt, wenigstens vorläufig die Ausschlussfrist?	40
2.361	Die in Schrifttum und Rechtsprechung hierzu vertretenen Meinungen	40
2.362	Eigene Meinung	42
2.362.1	Vergleich von Befristung und Verjährung	42
2.362.2	Insbesondere: Die Bedeutung der Klage für die Ausübung von Anfechtungsrechten	43
2.362.3	Keine analoge Anwendung des § 212 Abs. 2 BGB	46
2.362.4	Zusammenfassung	47
2.4	Haftungssteigerung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	48
2.41	Anknüpfungspunkt für Nebenansprüche aus dem Eigentum	48
2.42	Das Verhältnis von Bösgläubigkeit des Besitzers und Rechtshängigkeit	49

		Seite
2.43	Änderungen in der räumlichen Lage des Streitgegenstands oder im Klageantrag	51
2.44	Keine analoge Anwendung des § 212 Abs. 2 BGB	51
2.45	Anhang: Anknüpfung an frühere Vermögenslage bei Auseinandersetzung	53
2.5	Verzug infolge Erhebung der Leistungsklage	54
2.6	Prozesszinsen	54
2.7	Unterhalt für die Vergangenheit	55
2.8	Übertragbarkeit, Pfändbarkeit und Vererblichkeit von Ansprüchen	56
2.9	Erlöschen des Verfügungsrechts des Absenders beim Frachtvertrag	60
3	DIE INLÄNDISCHE BEDEUTUNG AUSLÄNDISCHER JURISTISCHER TATSACHEN	63
3.1	Abgrenzung zum Internationalen Privatrecht, Internationalen Zivilprozessrecht und Kegels Begriff der "Auslandssachverhalte"	63
3.2	Aufbau der Rechtsnorm. Einfluss der Auslandsbeziehung	65
3.3	Übereinstimmung inländischer und ausländischer juristischer Tatsachen	68
3.31	Der Begriff "Substitution"	68
3.311	Abgrenzung zur "Anerkennung"	68
3.312	Abgrenzung zur "Vorfrage"	70
3.312.1	Der Begriff der Vorfrage	70
3.312.2	Die rechtliche Behandlung der Vorfrage	71
3.32	Die rechtliche Behandlung der Substitution	74
3.321	"Natürliche" und "künstliche" juristische Tatsachen	74
3.322	Anwendung der lex loci actus oder der lex fori	76

LITERATURVERZEICHNIS

Allorio: Limiti del diritto processuale internazionale, Rivista di Diritto Processuale Civile, Bd. 13 II (1936) S. 255 ff.

Balogh: Über das konstitutive Urteil, Grünhuts Zeitschrift, Bd. 34 (1907) S. 123 ff.

von Bar: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., 2 Bde. 1889

Bartin: Principes de droit international privé, Bd. I, Paris 1930

Baumbach-Hueck: Aktiengesetz, 11. Aufl. 1961

Baumbach-Lauterbach: Zivilprozessordnung, 26. Aufl. 1961

Beitzke: Sorgerechtsregelung bei Ausländerkindern, Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, Bd. II S. 493 ff.

Bing in Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, V. Bd. 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932

Boehmer: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, 1950

de Boor: Zur Lehre vom Schiedsspruch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Judicium 1 (1928/29) S. 261 ff.

Bruck-Möller: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 8. Aufl. 1961

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1896

Ehrenzweig, Albert: Versicherungsvertragsrecht, I. Band 1935

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8./9. Aufl. 1903

Engisch: Einführung in das juristische Denken, 1956

Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl. 1960

Falconbridge: Characterization in the Conflict of Laws, Law Quarterly Review Bd. 53 (1937) S. 235 ff., 537 ff.

Ferid:	Der Neubürger im internationalen Privatrecht, Erster Teil, Allgemeine Grundlagen, 1949
Frankenstein:	Internationales Privatrecht (Grenzrecht), 4 Bde. 1926-35
Gesler:	§ 328 ZPO, ein Beitrag zu der Lehre von der zwingenden Natur der Kollisionsnormen, Diss. Hamburg 1933
Gessler in Schlegelberger:	Handelsgesetzbuch, 4. Bd., 3. Aufl. 1957
Glaser & Unger:	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.u.k. Obersten Gerichtshofes, Neue Folge
Guldener:	Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951
Hellwig:	Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899
derselbe:	Anspruch und Klagerecht, 1900 (zit.: Hellwig, Anspruch)
derselbe:	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, I. Bd. 1903, III. Bd. 1909 (zit.: Hellwig Lb)
derselbe:	System des Deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, 1912 (zit.: Hellwig System)
Henle:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, 1926
Hölder:	Anspruch und Klagerecht, ZZP 29 (1901) 50 ff.
Jaeger:	Die Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens, 2. Aufl. 1938 (zit.: Jaeger AnfG)
Jaeger-Lent:	Kommentar zur Konkursordnung, I. Bd., 8. Aufl. 1958
Jarck:	Abänderung und Aufhebung sowjetzonaler gerichtlicher Entscheidungen durch Gerichte der Bundesrepublik, FamRZ 1956, 296
Jehle:	Fürsorgerecht, 3. Aufl. 1958
Josef:	Streitfragen aus dem internationalen Privatrecht, Blätter für IPR (Beilage zur LZ) 1926, 241 ff.
Jörs-Kunkel:	Römisches Privatrecht, 3. Aufl. 1949
Kallmann:	Unterbrechung der Verjährung durch ausländische Klageerhebung und Urteilsverjährung bei ausländischen Entscheiden, Schweizerische Juristenzeitung Bd. 41 (1945) S. 193 ff. (zit.: Kallmann SJZ)

Kallmann:	L'effet sur la prescription libératoire des actes judiciaires intervenus en pays étranger, Revue critique Bd. 37 (1948) S. 1 ff. (zit.: Kallmann RCr)
Kaser:	Das Römische Privatrecht, Bd. I 1955, Bd. II 1959
Katinszky:	Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung vor ausländischen Gerichten, RabelsZ Bd. 9 (1935) S. 855 ff.
Kegel:	Internationales Privatrecht, ein Studienbuch, 1960 (zit.: Kegel Lb)
derselbe:	Der Gegenstand des internationalen Privatrechts, Festschrift für Leo Raape, 1948, S. 13 ff. (zit.: Kegel Gegenstand des IPR)
Kipp-Coing:	Erbrecht, 11. Aufl. 1960
Kipp-Wolff:	Das Familienrecht, 6. Aufl. 1928
Kisch:	Beiträge zur Urteilslehre, 1903
Kohler:	Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung, ZZP Bd. 29 (1901) S. 1 ff.
Kussi:	Die privatrechtlichen Wirkungen des Prozessbeginns, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 13, 1925
Kuttner:	Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile, 1908 (zit.: Kuttner Nebenwirkungen)
derselbe:	Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses, 1914 (zit.: Kuttner Urteilswirkungen)
Leonhard:	Erbrecht, 1912
Langheineken:	Der Urteilsanspruch, 1899
Lewald:	Règles générales des Conflits de Lois, Basel 1941 (zit.: Lewald Règles générales)
derselbe:	Das Deutsche Internationale Privatrecht, 1931 (zit.: Lewald DIPR)
Mann:	Die Urkunde ausländischer, insbesondere englischer Notare und der deutsche Rechtsverkehr, NJW 1955, 1177 ff.

Matscher:	Über die Nebenwirkungen der Zivilurteile mit besonderer Berücksichtigung der ausländischen Urteile, Juristische Blätter, Wien, 1954, 54 ff.
Melchior:	Die Selbstbeschränkung des deutschen internationalen Privatrechts, RabelsZ 3 (1929) 733 ff.
derselbe:	Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, 1932
Mittelstein:	Die Miete, 3. Aufl. 1913
Morelli:	Diritto processuale civile internazionale, 2. ed., Padova 1954
Motive:	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe
Mugdan:	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich
Neumeyer:	Internationales Verwaltungsrecht, Bd. IV Allgemeiner Teil, 1936
Neuner:	Die Anknüpfung im internationalen Privatrecht, RabelsZ Bd. 8 (1934) S. 81 ff.
Niemeyer:	Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch ("Die Gebhardschen Materialien"), 1915
Niese:	Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, 1950
Nussbaum:	Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, 1908 (zit.: Nussbaum Prozesshandlungen)
derselbe:	Deutsches Internationales Privatrecht, 1932 (zit.: Nussbaum DIPR)
Oertmann:	Die Rechtsbedingung, 1924 (zit.: Oertmann RB)
derselbe:	BGB, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927 (zit.: Oertmann AT)
Palandt:	Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Aufl. 1961
Planck:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I 4. Aufl. 1913, Bd. III 5. Aufl. 1933 ff., Bd. IV 4. Aufl. 1928, Bd. V 4. Aufl. 1930

Prölss:	Versicherungsvertragsgesetz, 12. Aufl. 1960
Raape:	Staatsangehörigkeitsprinzip und Scheidungsakt sowie internationale Zuständigkeit in Scheidungsprozessen, 1943 (zit.: Raape Scheidungsakt)
derselbe:	Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, (zit.: Raape IPR)
Rabel:	The Conflict of Laws, Bd. I Chicago 1945, Bd. III Chicago 1950
Raiser:	Dingliche Anwartschaften, 1961
Reu:	Die Staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht, 1938
RGRKomm:	Kommentar der Reichsgerichtsräte und Bundesrichter zum BGB, Bd. III 1. Teil 11. Aufl. 1959, Bd. V 1. Teil 11. Aufl. 1960, Bd. V 2. Teil 11. Aufl. 1961
Rigaux:	La Théorie des Qualifications en droit international privé, Paris 1956
Rheinstein:	Die inländische Bedeutung einer ausländischen Zwangsvollstreckung in Geldforderungen, RabelsZ Bd. 8 (1934) S. 277 ff.
Riezler:	Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht, 1949
Rosenberg:	Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. 1961
Rundnagel:	"Beförderungsgeschäfte" in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, V. Bd. 2. Abt. S. 111 ff (1915)
Schneider:	Wann ist die Rechtshängigkeit ausländischer Verfahren zu beachten? NJW 1959, 88
Schnitzer:	Handbuch des Internationalen Privatrechts, 4. Aufl. Bd. I 1957, Bd. II 1958
Schwarz:	Die Anerkennung ausländischer Staatsakte, Internationalrechtliche Abhandlungen, Bd. 28, 1935
Seckel:	Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Festgabe für Richard Koch, 1903, S. 205 ff.

Serick:	Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im internationalen Privatrecht, RabelsZ 1953 S. 633 ff.
Siber:	Das Buchrechtsgeschäft nach Reichs-Grundbuchrecht, 1909
Soergel (-Kegel, -Oechssler, -Schräder, -Siebert):	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, 9. Aufl. 1961
Staudinger-Berg:	Kommentar zum BGB, III. Bd. 1. Teil, 11. Aufl. 1956
Staudinger-Coing:	dto., I. Bd., 11. Aufl. 1957
Staudinger-Engelmann:	dto., IV. Bd. 2. Teil, 9. Aufl. 1926
Staudinger-Ferid:	dto., V. Bd. 2. Teil, 11. Aufl. 1960
Staudinger-Lehmann:	dto., V. Bd. 1. Teil, 11. Aufl. 1954
Staudinger-Raape:	dto., Art. 7-31 EGBGB, 9. Aufl. 1931
Steindorf:	Sachnormen im internationalen Privatrecht, 1958
Stiefel-Wussow:	Kraftfahrversicherung, 4. Aufl. 1959
StJSchP, Stein-Jonas-Schönke-Pohle:	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 18. Aufl., I. Bd. 1953 ff., II. Bd. 1956 ff.
Süss:	Die Anerkennung ausländischer Urteile, Festschrift für Leo Rosenberg, 1949, S. 229 ff.
Swoboda:	Das internationale Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. München 1934
von Tuhr:	Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Bd. 1910, II. Bd. 1. Teil 1914
Vischer:	Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht, Basel 1953
Wengler:	Die Vorfrage im Kollisionsrecht, RabelsZ Bd. 8 (1934) S. 148 ff. (zit.: Wengler Vorfrage)
derselbe:	Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht, Festschrift für Martin Wolff, 1952, S. 337 ff. (zit.: Wengler Qualifikation)

Wengler:	Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé, Revue critique 1954 S. 661 ff. (zit.: Wengler Réflexions)
Westermann:	Sachenrecht, 4. Aufl. 1960
Wieczorek:	Zivilprozessordnung und Nebengesetze (Grosskommentar) 1956-59
Windscheid-Kipp:	Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 9. Aufl. 1906
Wolff:	Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954
Wolff-Raiser:	Sachenrecht, 10. Aufl. 1957
Zitelmann:	Internationales Privatrecht, 2 Bde., 1897 und 1912
derselbe:	Zum Recht der Eheanfechtung, Festgabe für Bekker, 1907

1 EINLEITUNG

1.1 Die Klageerhebung hat als Prozesshandlung in erster Linie prozessrechtliche Wirkungen - nämlich diejenigen, welche sich an das Entstehen des Prozessrechtsverhältnisses anschliessen, wie Einrede der Rechtshängigkeit, perpetuatio fori, Verbot der Klageänderung 1). Daneben geht die ZPO (§ 267) selbst von materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit aus. Sie sollen sich nach den jeweiligen Vorschriften des materiellen Rechts richten. Damit sind allein solche Rechtswirkungen gemeint, die irgend ein Gesetz selbst an den Eintritt der Rechtshängigkeit als Tatbestandsmerkmal automatisch anknüpft.
Nicht dagegen fallen hierunter die Willenserklärungen, die nur äusserlich mit der Klage verbunden sind, aber auch in einem späteren Schriftsatz oder gar ausserhalb des Prozesses vorgebracht werden könnten: z.B. eine Aufrechnungs- oder eine Anfechtungserklärung 2).
Das bedeutet, dass es für die materiellrechtlichen Wirkungen der Klage, wie wir sie hier verstehen, nur auf den Klageantrag ankommt; auf die Begründung nur, soweit sie den Antrag substantiiert und mit einem bestimmten Lebenssachverhalt in Beziehung setzt. So kann man z.B., wenn zwischen den Parteien laufende Geschäftsbeziehungen bestehen, einem Klageantrag auf Verurteilung zur Zahlung eines bestimmten Geldbetrags für sich allein noch nicht ansehen, die Verjährung welches einzelnen Anspruchs er gegebenenfalls unterbricht.
Bei der rein innerstaatlichen Erörterung des Problems privatrechtlicher (Neben-) Wirkungen einer Klage (vgl. vor allem die noch oft zu zitierende Abhandlung von Kussi) geht es hauptsächlich um die Frage, ob andere Prozesshandlungen (Zustellung eines Zahlungsbefehls, Streitverkündung, Aufrechnung im Prozess - kurz die in § 209 Abs. 2 BGB aufgezählten Handlungen) der Erhebung der Klage im Einzelfall gleichzustellen seien.
Dieser Fragenkreis soll uns hier nicht beschäftigen. Wir setzen von Anfang an voraus, dass im Ausland eine "Klage" erhoben wird (welche Voraussetzungen dabei erfüllt sein müssen, wird später erörtert werden).
Eine zusammenfassende Arbeit ist darüber, soweit ersichtlich, noch nicht vorhanden.

Wenn überhaupt, wird dieses Problem vorwiegend in Darstellungen des Internationalen Zivilprozessrechts 3) am Rande mitbehandelt. Schon das IZPR ist im Grunde kein "internationales" Recht, da seine Normen von einem Land zum anderen ver-

---

1) Vgl. Rosenberg § 97 III, 1
2) Vgl. Rosenberg § 59, 2b
3) z.B. Riezler IZPR S. 461-463

schieden sein können und zu einem grossen Teil auch verschieden sind 1). Erst recht hat das hier zu behandelnde Rechtsgebiet überwiegend innerstaatlichen Charakter. Es geht dabei um die Auslegung jeder einzelnen inländischen Norm des materiellen Rechts, die auf die Klageerhebung eine Rechtswirkung folgen lässt 2). Wenngleich sich in vielen ausländischen Rechten Entsprechungen finden, z.B. auch dort die Erhebung der Klage die Verjährung unterbricht oder die Haftung des gutgläubigen Besitzers steigert, so sind dennoch die Entstehungsgeschichte der betreffenden Norm und ihre Stellung im Rechtssystem selbst bei gleichem gesetzgeberischen Ziel zuweilen recht verschieden. Deswegen konnte ausländische Literatur nur in sehr beschränktem Umfang herangezogen werden.
An die Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen schliesst sich noch, dem Untertitel der Arbeit entsprechend, ein Abschnitt über die Stellung, welche die Frage der inländischen Bedeutung einer im Ausland erhobenen Klage im Rahmen der Inlandswirkungen ausländischer juristischer Tatsachen überhaupt einnimmt, an.

1.2 Wenn vom Ausland gesprochen wird, bedeutet dies, dass man es dem Inland gegenüberstellt. Es sollen also die inländischen Wirkungen der ausländischen Klage untersucht werden; d.h. jene Wirkungen, die sich aus inländischen (= deutschen) Gesetzen ergeben 3). Ob diese Gesetze im einzelnen anzuwenden sind, hängt von der Massgeblichkeit deutschen Rechts in der betreffenden Frage 4) ab. Das ist vom deutschen IPR zu entscheiden. Unsere Fragestellung wird dadurch eingeschränkt auf Sachverhalte, bei denen der internationalprivatrechtlich entscheidende Anknüpfungs-

---

1) vgl. Riezler IZPR S.2
2) vgl. Zitelmann IPR II S.227; Morelli, S.276 bei Anm.2
3) Man kann natürlich die grenzüberschreitende Wirkung ausländischer Klagen auch rein räumlich auffassen und etwa fragen, ob die im Ausland erhobene Klage die Verjährung "im Inland" unterbricht. Darunter könnte dann auch die Verjährung eines Anspruchs fallen, die sich nach ausländischem Recht richtet. Da die Rechtswirkungen, wie Unterbrechung der Verjährung etc. jedoch etwas Abstraktes sind, lässt sich nicht gut sagen, sie träten hier oder dort ein. Eher wäre ihre Beachtung oder Anerkennung in einem bestimmten Gebiet auszuschliessen oder einzuschränken. Über die Anerkennung in Deutschland kann nur deutsches Recht entscheiden. Deshalb erscheint es ratsam, gleich von vornherein nicht auf das Gebiet sondern auf das Recht des Inlands abzustellen: allerdings mit der Folge, dass dann auch ein fremder Staat - eventuell sogar der Staat, in dem die Klage anhängig ist oder war - bei der Anwendung der deutschen materiellen Rechtsnorm unsere Auslegung hinsichtlich der Wirkungen ausländischer Klagen mit übernehmen müsste.
4) Im Augenblick des Prozessbeginns: Zitelmann IPR II, S.259

punkt auf das Inland weist. Das IPR ist demnach immer zuerst zu Rate zu ziehen.

Vorweg ist deshalb auch folgende Zweifelsfrage zu klären:
Die Grundregel des IZPR ist die Geltung der lex fori in allen Verfahrensfragen 1). Wenn auch die im folgenden zu behandelnden Rechtsverhältnisse darunter fielen, könnte man sich jede Erörterung sparen: Jede Klageerhebung im Ausland würde die Folgen nach sich ziehen, die der Staat, in dem sie erfolgt ist, an sie knüpft. Umgekehrt wäre deutsches materielles Recht nur dann massgeblich, wenn die betreffende Klage im Inland erhoben würde.
In der Tat unterwirft Morelli 2) die Verpflichtung des gutgläubigen Besitzers, Nutzungen herauszugeben (entsprechend § 987 Abs. 1 BGB) der lex fori. Er sieht in dieser Pflicht ein Gegenstück zur Kostenerstattungspflicht und eine Anwendung des rein prozessualen Grundsatzes, dass die Notwendigkeit, sich des Prozesswegs zu bedienen, sich nicht zum Nachteil der siegreichen Partei auswirken dürfe: eine Anwendung in den Fällen, in welchen das Gesetz wünscht, das der Klage stattgebende Urteil solle es so verwirklichen als wäre das Urteil schon im Zeitpunkt der Klageerhebung erlassen worden. Aber es ist eben doch fraglich, ob dieses Prinzip prozessualer Natur ist. Der Anspruch, der aus § 987 I BGB erwächst, ist nur eine Erweiterung des unzweifelhaft materiellrechtlichen Herausgabeanspruchs nach § 985, während die Entstehung von Prozesskosten einen Rechtsstreit voraussetzt.
So kritisiert auch Allorio 3) die Unterscheidung zwischen materiellrechtlichen und prozessualen Normen auf dem Gebiet der privatrechtlichen Nebenwirkungen prozessualer Akte. Den materiell- oder prozessrechtlichen Charakter einer Norm könne man nicht nach ihrem Tatbestand sondern nur nach seinen Wirkungen beurteilen. Allorio unterwirft daher nicht einmal die Kostenerstattungspflicht der lex fori.

Deshalb beurteilen wir von den materiellrechtlichen Folgen der Rechtshängigkeit nicht nur den Eintritt des Verzugs und die Unterbrechung der Verjährung 4), sondern alle nach dem jeweiligen Wirkungsstatut 5).

1.3 Aber noch ein weiteres ist zu berücksichtigen. Von den deutschen Gesetzesbestimmungen, die an den Beginn des Prozesses materiellrechtliche Folgen knüpfen, erwähnen einige (z.B. § 209 Abs. 1 BGB) die Klageerhebung, andere die gerichtli-

---

1) vgl. Riezler IZPR S. 91; Morelli S. 11; Guldener S. 7
2) Nr. 26a S. 44 f., S. 276; dagegen Kallmann RCr S. 27 N. 3
3) a.a.O., S. 264
4) so Morelli Nr. 25a, S. 43
5) so auch StJSchP § 267, Anm. I; Riezler IZPR S. 461; Kallmann RCr S. 24; Nussbaum DIPR S. 385, Zitelmann II, S. 259, 263 f., Frankenstein I, S. 371 und v. Bar II S. 65 für Prozesszinsen. Ebenso § 36 Abs. I der Gebhardschen Vorentwürfe: Niemeyer, S. 11, 21, 263 f.

che Geltendmachung (z.B. § 941 BGB), andere schliesslich den Eintritt der Rechtshängigkeit (z.B. § 987 BGB). Erhoben ist die Klage ihrerseits mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit 1). Es kann demnach so erscheinen, als stelle sich vor der Prüfung, ob materiellrechtliche Nebenwirkungen eingetreten seien, erst die Vorfrage nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit. Das würde bedeuten, dass diese Frage gesondert an die für prozessuale Fragen massgebliche 2) lex fori - des Prozesses, der die Nebenwirkung hervorgebracht haben soll - verwiesen würde 3).
So hat es der deutsche Gesetzgeber aber nicht gemeint. Die Rechtshängigkeit der Streitsache wird durch die Erhebung der Klage begründet (§ 263 Abs.1 ZPO). Die Folgen der Klageerhebung und die der Rechtshängigkeit sind gleichzusetzen 4); und zwar in dem Sinne, dass dort, wo von "Rechtshängigkeit" die Rede ist, auch "Klageerhebung" gemeint ist. Das folgt aus § 267 Satz 2 ZPO, wonach die Wirkungen der Rechtshängigkeit nach bürgerlichem Recht sowie alle Wirkungen, die von diesem an die Anstellung, Mitteilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden, mit der Erhebung der Klage eintreten. Entscheidend ist also grundsätzlich die Zustellung der Klageschrift an den Beklagten (§ 253 Abs.1 ZPO); nur soweit eine Frist gewahrt oder die Verjährung unterbrochen werden soll, kommt es schon auf die Einreichung der Klage bei Gericht an (§§ 261b Abs.3, 496 Abs.3 ZPO).

Damit entsteht die "Vorfrage" nach der Rechtshängigkeit erst gar nicht 5). Von grosser praktischer Bedeutung ist diese Feststellung allerdings nicht. Wir werden noch sehen, dass für die Entscheidung, ob eine formell ordnungsgemässe Klage vorliegt, auch das ausländische Verfahrensrecht herangezogen werden muss. Es ist anzunehmen, dass auch danach in den meisten Fällen die Rechtshängigkeit mit der Erhebung der Klage eintreten wird. Ein anderes Ergebnis würde deshalb wohl nur dann herauskommen, wenn das Ausland die Klageerhebung in einem anderen Zeitpunkt für vollendet hielte (z.B. bei der Unterbrechung der Verjährung erst mit Zustellung der Klage statt mit deren Einreichung bei Gericht).

---

1) Staudinger-Coing § 209 N.6; a.A. Riezler IZPR S.451, der auf die "Anhängigkeit" abstellt.
2) Vgl. Riezler IZPR S.91; Morelli S.17
3) Vgl. die Literatur zur "Vorfrage", insbesondere Raape IPR S.118
4) Rosenberg § 97 I
5) Vgl. die Gebhardschen Motive, Niemeyer S.270

2 DIE PRIVATRECHTLICHEN NEBENWIRKUNGEN EINER IM AUSLAND ERHOBENEN KLAGE

2.1 Unterbrechung der Verjährung

2.11 Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Berechtigte auf Befriedigung oder auf Feststellung des Anspruchs ... Klage erhebt (§ 209 Abs. 1 BGB). Nach der in Rechtsprechung und Literatur weit überwiegenden Meinung unterbricht eine im Ausland erhobene Klage nach den Vorschriften des deutschen Rechts die Verjährung nur dann, wenn das Urteil, welches den durch sie eingeleiteten Rechtsstreit abschliesst, in Deutschland anerkannt wird.

Zwar hat das Reichsgericht in einem Urteil vom 20.10.1905 1) entschieden, dass die Zustellung einer holländischen "demande en garantie" (anstelle der deutschen Streitverkündung) die nach deutschem Recht laufende Verjährung unterbreche und dabei erklärt: "Der Umstand, dass dem in Amsterdam im Hauptprozess ergangenen Urteil mangels Verbürgung der Gegenseitigkeit in Deutschland die Anerkennung versagt ist, hat für die materiellrechtliche Wirkung der erfolgten Streitverkündung keine Bedeutung, da das Gesetz dieselbe nicht von dem Ausgang des Hauptprozesses abhängig gemacht hat. Auch wenn letzterer im Auslande schwebt, liegt für die unterbrechende Kraft einer darin erfolgten Streitverkündung derselbe Zweckmässigkeitsgrund vor, wie bei einem im Inland geführten Prozesse". Es müsse nur verlangt werden, "dass die betreffende prozessuale Handlung, um als Streitverkündung gelten zu können, die wesentlichen Voraussetzungen der deutschrechtlichen Streitverkündung in sich trägt".

Für die Klageerhebung wurden ähnliche Überlegungen nicht vorgebracht. Das OLG Hamburg 2) erkennt einer Klage in Frankreich, also einem Land, mit dem die Gegenseitigkeit nicht verbürgt war, keine unterbrechende Wirkung zu, "da § 209 BGB mit den Worten 'Erhebung der Klage' zwar vielleicht nicht an eine Erhebung nur vor dem zuständigen Gericht, aber jedenfalls an eine s o l c h e Klageerhebung gedacht hat, welche irgendwie zur zwangsweisen Befriedigung des Anspruchs dienen konnte". Dies sei jedoch nicht anzunehmen, wenn der Beklagte in Frankreich weder eine Handelsniederlassung noch sonstiges Vermögen habe.

Das OLG Celle führte in einem Urteil vom 11.12.1907 3) aus, der § 328 ZPO verbiete schlechthin j e d e Anerkennung des ausländischen Urteils. Sei aber dem

---

1) RGZ 61, 390
2) Urteil vom 13.3.1906, NiemZ 18, 118 = Seuff A Bd. 63 S. 20 = OLG Rspr. 13, 45
3) OLG Rspr. 17, 158. Ebenso OLG Stettin v. 12.5.1910, Recht 1910 Nr. 2034

ausländischen Urteil im Inland jede rechtliche Anerkennung zu versagen, so müsse dies erst recht von dem ganzen, jenem Urteil vorangegangenen Verfahren, also auch von dem Eintritt der Rechtshängigkeit gelten; auch die Anerkennung des ausländischen Prozesses überhaupt und seine Wirkung könne niemals weiter reichen, als die Anerkennung des ausländischen Urteils; könne also letzteres nicht anerkannt werden, so könne auch dem ganzen vorangegangenen Verfahren von dem inländischen Richter eine rechtliche Wirkung nicht beigemessen werden.

Die grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts über diese Frage stammt vom 18.9.1925 1). Dort heisst es: "Das Gesetz hat der blossen auf Durchsetzung seines Anspruchs gerichteten Willenskundgebung des Berechtigten nicht die Wirkung einer Unterbrechung der Anspruchsverjährung beigelegt. Es erfordert vielmehr in § 209 BGB, dass diese Willenskundgebung unter Mitwirkung der Träger des gerichtlichen Verfahrens oder der Zwangsvollstreckung erfolge, also in einer auch die Interessen des anderen Teils sichernden Weise, und zwar entweder durch Klageerhebung oder durch eine der anderen dort in Abs. 2 bezeichneten Prozesshandlungen. Nun macht freilich das Gesetz nach seinem Wortlaut keinen Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Behörden. Es liegt indessen auf der Hand, dass der angegebene Zweck des Gesetzes, auch die Belange des Anspruchsverpflichteten zu sichern, nicht oder doch nicht in allen Fällen erreicht werden würde, wollte man inländische und ausländische Behörden i.S. des § 209 BGB schlechthin einander gleichstellen. Man könnte alsdann entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts auch der vor einem nach deutschem Recht unzuständigen fremdländischen Gericht erhobenen Klage die Wirkung einer Unterbrechung der Verjährung nicht versagen, trotzdem die Anerkennung des daraufhin im Ausland erhegenden Urteils nach § 328 Nr. 1 ZPO ausgeschlossen sein würde. Hat aber der Verpflichtete in dem fremdländischen Staat weder Wohnsitz oder gewerbliche Niederlassung noch Vermögen, so würde jener Zweck des Gesetzes ernstlich in Frage gestellt wenn nicht vereitelt werden".

In einem weiteren Urteil vom 8.7.1930 2) hielt das Reichsgericht an seinem Standpunkt fest. Der ausschlaggebende Umstand bei der Klageerhebung liege keineswegs in der Nachdrücklichkeit des Gläubigerwillens, die auch bei einer aussergerichtlichen Mahnung im gleichen Masse vorhanden sein könne. Entscheidend sei die prozessuale Rechtsschutzhandlung der Anrufung des Gerichts. Könne aber selbst das ausländische Urteil auf das deutsche Rechtsverhältnis keine materielle Wirkung ausüben, so müsse eine solche auch seiner Vorbereitung, der Klageerhebung, versagt werden. Es sei auch nicht ersichtlich, wie den Misständen, die aus einer schrankenlosen Möglichkeit der Klageerhebung vor ausländischen Gerichten drohten, auf andere Weise begegnet werden könne.

---

1) JW 1926, 374

2) RGZ 129, 385 = JW 1931, 428

Das OLG Hamburg 1) und in einem obiter dictum auch das OLG Breslau 2) haben sich der Meinung des Reichsgerichts angeschlossen.
Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang noch eine ältere Entscheidung des OLG Breslau vom 8.10.1932 3). Das OLG hat hier in einem Fall , wo die Beklagten bis nach Ablauf der Verjährungsfrist ihren Gerichtsstand nur in Polen hatten, die Unterbrechung der Verjährung auch durch eine in Polen erhobene Klage anerkannt, obwohl zwischen Polen und Deutschland die Gegenseitigkeit nicht verbürgt war. Denn, so wird in den Gründen ausgeführt,"würde man in einem solchen Falle der Klageerhebung vor dem ausländischen Gerichte die Wirkung, die Verjährung zu unterbrechen, versagen, so würde man einem Gläubiger die Möglichkeit nehmen, überhaupt die Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen."
Allerdings hat dabei, worauf Käthe Grossmann in einer Anmerkung zu obigem Urteil hinweist, das OLG übersehen, dass in dem zu entscheidenden Fall materiell p o l n i s c h e s Recht (auch auf die Verjährung) anzuwenden gewesen wäre. Deshalb wäre es auch nach Ansicht des Reichsgerichts auf die Anerkennung des polnischen Urteils in Deutschland gar nicht angekommen 4). Gleichzeitig entfallen damit zu einem grossen Teil auch die vom OLG geäusserten Bedenken, denn die Fälle, bei denen kein Gerichtsstand im Inland gegeben ist, entbehren im allgemeinen nicht nur prozessual, sondern auch materiellrechtlich jeder Beziehung zum Inland.

2.12 In der Literatur haben sich dem Reichsgericht angeschlossen: Riezler 5), Nussbaum 6), Josef 7), Raape 8), Frankenstein 9), M.Wolff 10), Soergel-Kegel 11), Wieczorek 12), Süss 13), Lewald 14), Enneccerus-Nipperdey 15). Ebenso für das österreichische Recht Matscher 16).

---

1) Urteil vom 27.3.1934, HRR 1934, 1187
2) Urteil vom 19.12.1938, JW 1939, 344
3) JW 1932, 3826
4) Dieselben Einwände sind wohl auch gegen das Urteil des österreichischen OGH vom 6.9.1910, Glaser & Unger NF Bd.13 Nr.5156, zu erheben.
5) IZPR 462
6) Anm. zu JW 31, 429 und DIPR 429
7) Blätter für IPR S.244
8) IPR S.501
9) I 372, 598 f
10) S.132
11) Vor Art.7 N.164
12) § 328 Anm.A II b.
13) S.261 N.60
14) DIPR S.75
15) § 235 N.11
16) S.57 N.21

Für die Unterbrechung der Verjährung durch jede Klage, ohne Rücksicht auf die Anerkennung des späteren Urteils, treten ein: Neumeyer 1), Oertmann 2), Schnitzer 3), Katinszky 4), Kallmann 5) 6).

Staudinger-Coing 7) bringt keine eigene Meinung, nennt aber die Neumeyers "sehr beachtlich". Ebenso bezeichnet Rabel 8) die herrschende Meinung als "questionable solution".

Eine Abwandlung der reichsgerichtlichen Auffassung ist bei Schneider 9) zu finden. Er verwendet den Gesichtspunkt der Anerkennung - im gesamten Bereich der materiellen Nebenwirkungen der Rechtshängigkeit - rein negativ: "Die im Ausland begründete Rechtshängigkeit ist von einem deutschen Gericht zu beachten, solange keine ernstlichen Bedenken hinsichtlich der Anerkennung bestehen."

Der Standpunkt Geslers ist nicht ganz eindeutig. Aus seinen Ausführungen S.26 kann man schliessen, auch er wolle, wie Schneider, die Verjährungsunterbrechung dann verneinen, wenn feststeht, dass das zu erwartende Urteil nicht wird anerkannt werden können. Auf S.27 erklärt er hingegen Neumeyers Gründe für "durchschlagend".

Melchior 10) will die Verjährung immer dann unterbrechen lassen, wenn entweder das obsiegende ausländische Urteil gemäss § 328 ZPO in Deutschland anerkannt wird oder aus ihm in einem dritten Staat vollstreckt werden kann.

2.13 Unter den genannten Vertretern einer Gegenmeinung sind vor allem Katinszky und Kallmann hervorzuheben, weil sie ihre Auffassung eingehend begründet haben.

Katinszky 11) beanstandet, dass die h.M. häufig zu unbilligen Ergebnissen führe.

---

1) Anmerkung zu JW 26, 374
2) AT § 209 Anm. II 1e
3) II, S.669
4) S.864
5) SJZ 215
6) Wenn Morelli S.276 f. für das italienische Recht die gleiche Meinung vertritt, so kann das schon damit zusammenhängen, dass nach Art.2943 Abs.4 Codice Civile auch jede Handlung, die den Schuldner in Verzug setzt, die Verjährung unterbricht. Dazu genügt nach Art.1219 Abs.1 schon die schriftliche Mahnung.
7) § 209 N.5
8) III S.523
9) NJW 1959, 88
10) RabelsZ 3, 746 f
11) S.856 ff.

Die unterschiedliche Behandlung der ausländischen Klage einerseits und der ausländischen Streitverkündung (RGZ 61, 390) andererseits hält er für nicht gerechtfertigt, da diese dem Schuldner keine besseren Garantien als jene biete.
Den Fehler der h.M. sieht Katinszky in der Gleichstellung der Voraussetzungen für die Anerkennung zu Zwecken des Prozessrechts mit den Voraussetzungen der Anerkennung zu Zwecken des materiellen Rechts.
Er weist darauf hin, dass demgegenüber die Art.36 und 37 des Vorentwurfs zum EGBGB unterschiedliche Voraussetzungen für die Anerkennung der Wirkungen des Prozessbeginns und für die Anerkennung der Urteile aufgestellt hätten. Insbesondere sollte für erstere die Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht notwendig sein.
Dem Zweck des § 209 BGB entsprechend sei die Vornahme der die Verjährung unterbrechenden Handlungen bei der Behörde entscheidend. Dies solle dem Schuldner gewährleisten, dass die Handlungen in einwandfreier Weise vorgenommen würden. Allerdings komme es nicht auf die prozessuale Seite der Handlung an sondern auf die rechtsgeschäftliche. Man könne daher von "behördlich unterstützter Anspruchsverfolgung oder qualifizierter Mahnung" sprechen. Der Zweck des § 209 BGB werde grundsätzlich erreicht, wenn die Handlungen bei der entsprechenden Behörde eines Kulturstaates vorgenommen würden.
Man könne allgemein sagen, dass auf die Handlungen des § 209 BGB wegen ihrer überwiegend rechtsgeschäftlichen Bedeutung eine entsprechende Anwendung des Art.11 EGBGB (locus regit actum) am Platze sei.
Ausnahmen von der Anerkennung will er nur bei Mängeln in der Zustellung machen, da schon die gewöhnliche Mahnung zugangsbedürftig sei; allerdings lässt er unter Umständen öffentliche Zustellung genügen.

2.14 Auch Kallmann 1) tritt der h.M. entgegen. An ihr stört ihn, dass die Anerkennbarkeit des ausländischen Verfahrens nur bei der Klageerhebung gefordert wird, nicht aber bei anderen gerichtlichen oder behördlichen Akten. Ferner, dass mit dem Erfordernis der Anerkennung Fragen wie Gegenseitigkeit, internationale Zuständigkeit in die Materie hineingetragen werden und dadurch die Voraussehbarkeit der Verjährung erschwert werde, was vor allem für Länder mit "révision au fond" gelte. Den Hauptfehler der herrschenden Meinung sieht Kallmann mit Katinszky in einem Vermengen materiellen und prozessualen Rechts.
Das prozessuale Anerkennungsverfahren habe mit den materiellrechtlichen Bestimmungen über die Verjährungsunterbrechung nichts zu tun. Die Anerkennung eines ausländischen Urteils im Inland bedeute die Anerkennung seiner materiellen Rechtskraft, deren Erstreckung auf das Inland. Die Anerkennung sei eine öffentlich-rechtliche Entscheidung, die "Bekleidung eines ausländischen Prozessakts mit den publizistischen Attributen interner materieller Rechtskraft." Das materielle Rechtsver-

---

1) SJZ S.209 ff., RCr S.17 ff.

hältnis der Parteien werde durch den Vollstreckbarerklärungsbescheid nicht berührt, möge die ausländische Entscheidung durch in anerkannt oder ihre Anerkennung abgelehnt werden. Eine Ausnahme hiervon macht Kallmann nur für die Gestaltungsurteile.

Bei der Unterbrechung der Verjährung handele es sich dagegen nicht um eine Wirkung der zu erwartenden Rechtskraft des in Aussicht stehenden Urteils. Dies schliesst Kallmann daraus, dass (1) manche Rechtsordnungen (Schweiz, Frankreich) nicht die Rechtskraft, sondern die Verkündung des Urteils für den Beginn der neuen Verjährungsfrist massgebend sein lassen, und (2) andere Akte, die mit der Rechtskraft nichts zu tun haben (Beweissicherungsverfahren) der Klageerhebung gleichgesetzt sind.

Die Unterbrechung der Verjährung sei vielmehr eine materiellrechtliche Nebenwirkung des Verfahrens. Sie erfülle alle Kriterien einer solchen:

(1) müsse sich der Bürge die Unterbrechung der Verjährung durch Erhebung der Klage gegen den Hauptschuldner entgegenhalten lassen, was nicht mit der Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf die Prozessparteien zu vereinbaren sei;
(2) könne der Bürge hier auch nicht einwenden, der Prozess sei unrichtig entschieden;
(3) könnten die Parteien vereinbaren, dass die Klageerhebung keine Unterbrechung der laufenden Verjährung herbeiführen solle;
(4) werde die Verjährung, anders als die Rechtskraft, nicht von Amts wegen berücksichtigt.

Aus alledem schliesst Kallmann, dass, wenn an gewisse prozessuale Akte materiellrechtliche, die Verjährung unterbrechende Folgen geknüpft werden, dies nicht wegen der damit zum Teil verbundenen öffentlich-rechtlichen prozessualen Wirkungen geschehe, sondern wegen der darin zu erblickenden privatgeschäftlichen Willenserklärung. Es sei die hierin zum Ausdruck kommende verstärkte Geltendmachung des Gläubigerwillens, die den Ausschlag gebe. Man könne deshalb mit Recht wie Katinszky von "behördlich unterstützter Anspruchsverfolgung" oder "qualifizierter Mahnung" sprechen.

Wenn aber die Klageerhebung materiellrechtlich als Ausdruck des rechtsgeschäftlichen Gläubigerwillens aufgefasst werde, so liege die Anwendung der Regel "locus regit actum" nahe. Art. 11 EGBGB sei nicht nur auf Rechtsgeschäfte, sondern auch auf Rechtshandlungen anwendbar. Im vorliegenden Fall bestehe die Form in der Klageerhebung.

Kallmann zieht dann den Schluss: "Hieraus ergibt sich, dass die ausländische Klageerhebung die Form der inländischen ersetzt und daher die Frage der prozessualen Anerkennbarkeit des ausländischen Verfahrens oder des zu erwartenden Urteils ausser Betracht zu bleiben hat." Er hält "Kongruenz bzw. Äquivalenz" des ausländischen behördlichen Verfahrens mit dem entsprechenden inländischen für genügend.

Allerdings erkennt auch Kallmann die Notwendigkeit an, etwas gegen die Gefahr missbräuchlicher ausländischer Klageerhebung zu tun. Katinszkys Forderung, dass die ausländischen Prozesshandlungen dem Verpflichteten in gehöriger Form bekannt würden, da ja schon eine einfache Mahnung zugangsbedürftig wäre, lehnt er aber mit folgender Begründung ab: Das Erfordernis des Zugangs gelte nur für aussergerichtliche Willenserklärungen; die prozessualen folgten anderen Gesetzen. Insbesondere würden hier Fiktionen aufgestellt (z.B. Ersatz- und öffentliche Zustellung). Wo, wie im vorliegenden Fall, das materielle Recht gestatte, sich des Prozessrechts als materiellrechtlicher Form zu bedienen, übernehme es insoweit auch die prozessualen Zugangsregeln. Daher genüge die Erhebung der Klage in der üblichen Ortsform, zumal internrechtlich die fiktive Zustellung zur Unterbrechung der Verjährung auch ausreiche. Die von Neumeyer vorgeschlagene analoge Anwendung des Art.30 EGBGB hält Kallmann ebenfalls für undurchführbar. Er selbst will sich mit der Einrede der Arglist gegen erschlichene Urteile behelfen und glaubt den Schuldner dadurch genügend geschützt.

2.15

2.151 Wenn man zu einer den Grundgedanken des geltenden Rechts entsprechenden brauchbaren Lösung der Frage gelangen will, ob eine im Ausland erhobene Klage die Verjährung nach deutschem Recht unterbricht, muss man zunächst zweierlei unterscheiden.
Nämlich: Ist der Akt der Klageerhebung als Prozesshandlung des Klägers auch dann ausreichend i.S.d. § 209 Abs.1 BGB, wenn er gegenüber einem ausländischen Gericht vorgenommen wird? Und zum anderen: Hat die spätere Anerkennung oder Nichtanerkennung des in dem so eingeleiteten Rechtsstreit ergehenden Urteils darauf irgend einen Einfluss?

Diese beiden Fragen werden in den Entscheidungen der Gerichte nicht immer auseinandergehalten. Aber immerhin hat auch das Reichsgericht 1) ausgesprochen, dass "freilich das Gesetz nach seinem Wortlaut keinen Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Behörden macht." Vorsichtiger drückte sich noch das OLG Hamburg 2) aus.
Dagegen stellt RGZ 61, 390 - allerdings hinsichtlich der Streitverkündung - ganz eindeutig fest, dass § 209 BGB nicht unterscheidet, ob der Prozess im Inland oder im Ausland geführt wird.
Besonders aufschlussreich ist indessen das Urteil des Reichsgerichts vom 22.1.1929 3),

---

1) RG JW 26, 374
2) OLGRspr. 13, 45
3) LZ 1929, 1206 = SeuffA Bd.83 S.164

das zwar von einem im Saarland gestellten Antrag auf Beweissicherung handelt, aber weit darüber hinausreichende Ausführungen enthält: "Die von der Revision aufgeworfene Frage ist auch von Bedeutung, wenn eine andere Handlung, durch die nach den Vorschriften des deutschen Rechts die Verjährung unterbrochen wird, im Saargebiet vorgenommen worden ist. So wenn eine Klageerhebung oder eine der dieser gleichstehenden Handlungen, wie sie in § 209 II BGB bezeichnet sind, als Unterbrechungsgrund geltend gemacht wird. Betrachtet man die einzelnen Unterbrechungsgründe, so finden sich nebeneinander rein privatrechtliche - aussergerichtliche - Willenserklärungen der Beteiligten (Anerkennung des Schuldners, § 208), einfache Anmeldungen des Gläubigers (§§ 209, 210) und Anträge auf Vornahme behördlicher Handlungen.
Ein Antrag auf Ausübung eines Hoheitsrechts ist danach nur einer der Fälle, die geeignet sind, die Verjährung zu unterbrechen. Aber offenbar nicht gerade deshalb, weil es ein staatlicher Hoheitsakt ist, sondern deshalb, weil er ebenso wie die anderen im Gesetz als Unterbrechungsgründe genannten Handlungen der Parteien zum Ausdruck bringt, dass die der Verjährung zu Grunde liegende Vermutung, dass ein längere Zeit nicht geltend gemachtes Recht auch nach dem Willen der Parteien abgestorben ist, im Einzelfall nicht zutrifft. Die für die Einführung der Unterbrechungsgründe massgebende Zweckbestimmung kann also auch zutreffen, wenn die entscheidende Prozesshandlung im Ausland vorgenommen worden ist."

2.152 Daher ist auch Kallmann zuzustimmen, wenn er 1) den materiellrechtlichen Charakter der Unterbrechungshandlungen hervorhebt 2). Bedenken erweckt allerdings die Art, wie er darauf den Satz "Locus regit actum" anwendet. Dasselbe gilt für Katinszky, der auf folgende Weise vorzugehen vorschlägt: "Nach den Kennzeichen der vom Berechtigten geltend gemachten Handlung ist zunächst zu beurteilen, ob und welches der im § 209 BGB aufgeführten Rechtsgeschäfte (natürlich nicht der Terminologie, sondern den Kennzeichen nach) vorliegt. Die Anwendung des Art. 11 EG ergibt dann, ob die erforderliche Form gewahrt ist, es genügt also gegebenenfalls (praktisch der häufigste Fall) die Beachtung der (Verfahrens-) Vorschriften des fremden Staates, damit die Handlung als in materiellrechtlicher Beziehung anerkennungsfähig im Sinne des § 209 BGB angesehen werden kann."

Das ist nicht ganz folgerichtig gedacht. Katinszky und Kallmann betrachten die in § 209 Abs. I BGB vorausgesetzte Klageerhebung als "Form" für die darin enthaltene "qualifizierte Mahnung". Nach Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB müsste nun die lex loci entscheiden, ob diese "Mahnung" überhaupt einer Form bedarf, ob sie nicht "formlos" (d.h. durch mündliche Willenserklärung des Gläubigers gegenüber dem

---

1) SJZ S. 214

2) S. a. StJSchP § 267 Anm. I 1

Schuldner) vorgenommen werden kann oder, wenn nicht, wie diese Form sonst beschaffen sein soll. Das setzt voraus, dass auch nach ausländischem Recht eine irgendwie geartete "Mahnung" eine der Verjährungsunterbrechung vergleichbare Wirkung hat. Das dürfte wohl zumindest in den kontinentalen Rechtsordnungen der Fall sein. Aber die Zahl der möglichen "Formen" ist doch recht unterschiedlich. So gibt es im französischen Recht (Art. 2244 Code Civil) keine der Streitverkündung oder der Aufrechnung im Prozess (§ 209 Abs. II Nr. 3, 4 BGB) entsprechenden Unterbrechungsgründe.

Katinszkys und Kallmanns Theorie ist also unanwendbar, soweit in Frankreich der Streit verkündet oder in einem vor einem französischen Gericht anhängigen Prozess die Aufrechnung erklärt wird.

Auch soweit es um die Klage geht, ist diese Theorie der Sache nicht förderlich. Katinszky verkennt z. B., dass es - folgt man ihm - gar nicht darauf anzukommen braucht, ob eines der in § 209 BGB aufgeführten Rechtsgeschäfte vorliegt. Wäre nach der lex loci bloss eine private Willenserklärung erforderlich, so müsste uns diese dann auch genügen. Es wäre nichts als ein Zufall, wenn die lex loci der Klageerhebung ebenfalls Unterbrechungswirkung beimessen würde.

Die Anwendung der lex loci actus auf unseren Fall rennt einerseits offene Türen ein und löst andererseits das Problem nicht. Wie wir gesehen haben, erkennt selbst das im Endergebnis von Katinszky und Kallmann abweichende Reichsgericht an, dass § 209 BGB grundsätzlich nicht ausschliesst, dass auch ausländische Klagen die Verjährung unterbrechen können.

2.153

2.153.1 Andererseits ist damit noch nichts über die weitere Frage gesagt, ob § 209 Abs. 1 BGB nicht seinem Zweck nach die Berücksichtigung des auf die Klage ergehenden Urteils gebietet. Schon § 212 BGB muss diese Erwägung nahelegen. Es geht deshalb nicht an, mit Kallmann 1) zu folgern, "dass die ausländische Klageerhebung die Form der inländischen ersetzt und d a h e r die Frage der prozessualen Anerkennbarkeit des ausländischen Verfahrens oder des zu erwartenden Urteils ausser Betracht zu bleiben hat."

Der Ausdruck "Anerkennung des ausländischen Verfahrens" findet sich nicht nur bei Kallmann, sondern z. B. auch in OLG Celle, OLG Rspr. 17, 158 und RGZ 129, 385. Ich halte ihn nicht für glücklich. "Verfahren" deutet auf eine Tätigkeit des Gerichts hin; die Klageerhebung ist jedoch Prozesshandlung der Partei. Ausserdem interessiert uns nicht ihre prozessuale, sondern ihre materiellrechtliche Seite.

2.153.2 Wenn es auf eine "Anerkennung" ankommt, dann gleich auf die des Urteils. Dafür wurden die verschiedensten Gründe vorgebracht. Sie sind meist nicht stichhaltig.

---

1) SJZ S. 215

So ist Nussbaums Schluss "wenn ein ausländischer Prozess von vornherein nicht zu einem anerkennbaren Urteil zu führen vermag, so muss auch den Prozesshandlungen, die dem Urteil vorangehen, die Beachtung im Inland versagt werden" 1) nicht zwingend. Das gleiche gilt für die Verweisung dieses Autors auf die Rechtsprechung zur Einrede der Rechtshängigkeit 2). Wenn das Reichsgericht wiederholt 3) entschieden hat, dass die Rechtshängigkeit im Ausland nur dann nach § 263 Abs.2 Nr.1 ZPO der Klage im Inland entgegenstünde, wenn das demnächst im Ausland ergehende Urteil im Inland anzuerkennen sei 4), so hängt das damit zusammen, dass § 263 Abs.2 Nr.1 vor allem den Zweck verfolgt, zu verhindern, dass über denselben Streitgegenstand mehrere einander widersprechende Entscheidungen zustande kommen 5). Ein nicht anerkennungsfähiges Urteil ist für das Inland keine solche Entscheidung 6). Mit der Unterbrechung der Verjährung hat das nichts zu tun.

Das Reichsgericht stellt in JW 1926, 374 auf die Sicherung der Belange des Anspruchsverpflichteten ab, die nur durch die Mitwirkung der Träger des gerichtlichen Verfahrens gewährleistet sei. Es ist nicht ganz klar, wie die Gerichte bei der Unterbrechung der Verjährung die Belange des Schuldners sichern sollen, zumal sie, streng genommen, dabei nicht "mitwirken". Sie tun dies nur bei der Durchsetzung des Anspruchs, worauf § 328 ZPO unmittelbar anwendbar ist.

Das OLG Hamburg 7), schliesslich, nahm an, dass § 209 BGB nur an eine solche Klage gedacht habe, welche irgendwie zur zwangsweisen Befriedigung des Anspruchs dienen könnte. Auch das ist mit Rücksicht darauf zweifelhaft, dass § 209 Abs.1 BGB auch Feststellungsklagen erwähnt.

2.153.3 Einleuchtend sind dagegen die Gesichtspunkte, die den Gesetzgeber selbst zu der Regelung, wie wir sie jetzt vorfinden, veranlasst haben. Nach § 208 BGB unterbricht die einseitige Anerkennung des Anspruchs durch den Schuldner die Verjährung. Die Vorschriften über die verfahrensrechtlichen Handlungen, die die Verjährung gleichfalls unterbrechen, sind als Ergänzung des § 208 gedacht. Wenn der Schuldner seine Schuld nicht anerkennt, so wird mit Hilfe des Gerichts die Anerkennung erzwungen. Dabei ist es nur natürlich, dass dem Gläubiger aus

---

1) DIPR S.429
2) Anm. zu RG JW 1931, 428, 430
3) Vgl. Z.B. RGZ 49, 344; 158, 147; RG JW 1912, 79; 1915, 1264
4) Nach italienischem Recht begründet überhaupt kein ausländischer Prozess die Einrede der Rechtshängigkeit: Art.3 Cod. Pr. Civ., vgl. Morelli Nr.72, 73, S.167 ff. und S.276
5) StJSchP § 263 Anm.III 1; Rosenberg § 98 I.
6) Das verkennt Wieczorek § 328 Anm.A II b
7) OLGRspr 13, 45

der Zeitspanne, die zur Erreichung der Verurteilung des nicht freiwillig anerkennenden Schuldners notwendig ist, kein Nachteil erwachsen darf 1). Grundgedanke ist, dass nur solchen Handlungen des Berechtigten unterbrechende Kraft zukommen soll, welche auf die richterliche Feststellung des Anspruchs abzielen 2). Das kann man zwar von Handlungen wie der Streitverkündung, der Aufrechnung oder dem Antrag auf Beweissicherung (§ 477 Abs. II BGB) nicht sagen. Hier hat der Gesetzgeber aber bewusst Zweckmässigkeitserwägungen den Vorzug gegeben 3). Am Prinzip ändert das nichts - vor allem nicht hinsichtlich der allein interessierenden Klageerhebung.

Es kommt also auf das Urteil an - zwar nicht unmittelbar, jedoch zur inneren Rechtfertigung der Unterbrechungswirkung der Klage. Und die Urteilswirkung, um die es dabei geht, ist die materielle Rechtskraft. Dadurch erledigen sich Kallmanns hauptsächliche Bedenken 4). Insbesondere schliesst der Umstand, dass die materiellrechtliche Nebenwirkung weiter reicht als die Rechtskraft (Erstreckung auf den Bürgen etc.) nicht aus, dass die Rechtskraft als Mindestvoraussetzung vorhanden sein muss.

Das bisherige betrifft an sich nur das inländische Urteil. Daraus ist aber weiter zu folgern, dass entsprechend für die Unterbrechungswirkung ausländischer Klagen das ausländische Urteil eine entscheidende Rolle spielt. Und da es nicht um Tatbestandswirkungen des Urteils geht 5), sondern um die rein prozessuale Rechtskraftwirkung, kommt man um die Frage der "Anerkennung" des ausländischen Urteils nicht herum.

Es ist richtig, dass damit das ganze Gegenseitigkeitsproblem mit hereingezogen wird. Aber wenn man nun einmal auf Grund positiven Rechts, unabhängig von allen rechtspolitischen Zweckmässigkeitserwägungen, davon ausgehen muss, dass uns ein ausländisches Urteil nur dann als vertrauenswürdig gilt, wenn der Staat, welcher es erlassen hat, seinerseits unsere Urteile anerkennt: dann muss man den damit verbundenen "Schutz" auch dem Schuldner zugute kommen lassen, dessen Anerkenntnis durch das Urteil ersetzt werden soll.

---

1) Kussi S. 38
2) Motive I S. 328, Protokolle Mugdan I, S. 788, Denkschrift S. 34; Planck-Knoke § 209 Anm. 1; siehe auch BGHZ 21, 204
3) Motive I S. 328, Protokolle Mugdan I, S. 788, Denkschrift S. 34; Planck-Knoke § 209 Anm. 2
4) SJZ S. 211 a. E.
5) Bei denen insofern gewisse Zweifelsfragen auftreten können. Vgl. aber für die Notwendigkeit der Anerkennung, nicht aber eines Vollstreckungsurteils Kuttner Nebenwirkungen S. 163, 169, 173 und jetzt auch Kallmann RCr S. 22 Nr. 3; dagegen Raape IPR S. 145

Der Hinweis Katinszkys 1), dass schon die Gebhardschen Vorentwürfe (die übrigens nicht zum EGBGB gehörten, sondern in den Allgemeinen Teil des BGB aufgenommen werden sollten) in den §§ 36 und 37 für die Anerkennung der Wirkungen des Beginnes eines vor einem ausländischen Gericht anhängigen Prozesses und des Urteils eines ausländischen Gerichts unterschiedliche Voraussetzungen aufgestellt haben, spricht nicht gegen die hier vertretene Meinung. Die genannten Vorschriften 2) wurden ebensowenig Gesetz wie ein weiterer grosser Teil der Vorentwürfe. Doch auch so kann man darauf schliessen, dass Gebhard für die (materiell- wie prozessrechtlichen) Wirkungen der Klageerhebung eine Art Anerkennung für erforderlich hielt. Er erkannte dabei nur eine gewisse Stufenfolge an. Die Vollstrekkung eines ausländischen Urteils auf Grund des damaligen § 661 ZPO sollte die Anerkennung desselben und der ihm vorausgegangenen prozessualen Akte in sich schliessen, und die Regelung der Vollstreckbarerklärung in der ZPO sollte nicht hindern, die blosse Anerkennung an geringere Erfordernisse zu knüpfen, als für die Vollstreckung vorgeschrieben sind 3). In gleicher Weise sah Gebhard das Verhältnis von Klageerhebung und Urteil. Vergleicht man seine §§ 36 und 37 miteinander, so wird man feststellen, dass die zusätzlichen Anerkennungsvoraussetzungen (für das Urteil) in § 37 Abs. 2 Nr. 1, 3 und 4 des ersten Entwurfes bzw. § 37 Abs. 2 Nr. 1, 4 und 5 des zweiten Entwurfes so beschaffen sind, dass erst dann beurteilt werden kann, ob sie vorliegen, wenn das Urteil erlassen worden ist 4). In diesem Sinne liesse sich also höchstens einwenden, dass Gebhard hier den Begriff der "Anerkennung des Verfahrens" eingeführt hat. Den Zusammenhang zwischen Klage, Urteil und Vollstreckung leugnet er aber nicht. Übrigens sei darauf hingewiesen, dass Gebhard - anders als Katinszky, der hier offensichtlich von falschen Voraussetzungen ausgeht, meint - auch für die Anerkennung ausländischer Urteile nicht die Verbürgung der Gegenseitigkeit fordert; er wendet sich sogar ausdrücklich dagegen 5). Damit ist einem wesentlichen Teil der Argumentation Katinszkys der Boden entzogen.

2.154 Auf die Anerkennung des Urteils durch welche Rechtsordnung kommt es aber nun an?
Wollte man mit dem bereits angeführten Urteil des OLG Hamburg vom 13.3.1906 6) auf die zwangsweise Befriedigung des Anspruchs abstellen, so müsste die Anerkennung des Urteils durch einen Staat, in dem sich Vermögensgegenstände des Schuldners befinden, genügen.

---

1) S. 861 f.
2) abgedruckt bei Niemeyer, S. 11, 21 und Mugdan I 303
3) Niemeyer S. 265
4) S. a. Niemeyer S. 270
5) Vgl. Niemeyer S. 284 ff., 371-382
6) OLGRspr. 13, 45

Wie wir sahen, ist jedoch nicht die zwangsweise Befriedigung des Anspruchs, sondern seine richterliche Feststellung entscheidend. Abgesehen davon, dass die Abhängigkeit der Unterbrechungswirkung von der örtlichen Verteilung des schuldnerischen Vermögens, die sich rückblickend oft nur schwer feststellen lässt, zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit führen würde, muss also schon aus dogmatischen Gründen ein anderer Anknüpfungspunkt gefunden werden. Es ist derselbe wie für die Verjährung und ihre Unterbrechung. Das Recht, welches eine Klage die Verjährung unterbrechen lässt, weil sie den Anstoss zur richterlichen Feststellung des Anspruchs gibt, muss auch bestimmen können, wann eine solche Feststellung vorliegt. Das stimmt im Ergebnis mit der h.M. überein 1).

2.155 Ob ein ausländisches Urteil in Deutschland anerkannt wird, ist bisweilen eine nicht einfach zu beantwortende Frage. Sie lässt sich auch noch nicht abschliessend entscheiden, bevor das Urteil samt Begründung vorliegt (vgl. § 328 Nr.3 ZPO). Deshalb ist es verständlich, wenn Schneider 2) der im Ausland erhobenen Klage den Rechtsschein der Unterbrechungswirkung so lange zuerkennt, als "keine ernstlichen Bedenken hinsichtlich der Anerkennung bestehen".

Dazu gibt es eine Parallele im internen Recht. Aus § 212 Abs.I BGB ist zu entnehmen, dass auch dort, wo nur im Hinblick auf das künftige Sachurteil Wirkungen an die Klageerhebung geknüpft werden, die mangelhafte Klageerhebung (im Inland) zunächst diese Folgen auslöst 3). So hat "die beim unzuständigen Gericht erhobene Klage bis zu ihrer Abweisung durch ein die Unzuständigkeit rechtskräftig aussprechendes Urteil für die Unterbrechung der Verjährung die gleiche Wirkung wie wenn sie beim zuständigen Gericht erhoben wäre" 4). Den entsprechenden Grundsatz hat das Reichsgericht in bezug auf eine vor Ablauf einer gesetzlich bestimmten Frist erhobene Klage 5) und eine unzulässige Feststellungsklage 6) ausgesprochen 7).

Mit Recht dehnt schon Kussi 8) die aus der Ausnahmebestimmung des § 212 Abs.1 BGB abzuleitende Regel, dass auch eine unzulässige Klage zunächst die Verjährung unterbricht, auf Klagen vor Gerichten eines Staates, mit dem Gegenseitigkeit nicht

---

1) Z.B. Raape S.489, 501; Soergel-Kegel vor Art.7 EG N.164; Nussbaum JW 1931, 430; Grossmann Anm. JW 1932, 3826; RGZ 129, 385; OLG Breslau JW 1939, 344
2) NJW 1959, 88
3) Kussi S.75, Oertmann AT § 212 Anm.2a
4) RGZ 115, 135 (140); ebenso schon RGZ 66, 365 (368)
5) RGZ 84, 309
6) RGZ 100, 149
7) ebenso für eine mangels Einwilligung der Gegenpartei unzulässige Widerklage RGZ 149, 321 (326)
8) a.a.O., S.75 N.10

besteht, aus. Man wird das noch allgemeiner fassen und sagen dürfen, dass jede Klage, auch eine im Ausland erhobene, zunächst die Verjährung unterbricht - selbst wenn für jedermann von Anfang an klar ist, dass die Anerkennung des späteren Urteils in Deutschland ausgeschlossen ist. § 212 Abs.I BGB will die Bestimmung darüber eben gerade nicht dem Einzelnen sondern der rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts überlassen.
Auch das dient der Rechtssicherheit.
Wenn also ein Gläubiger eine Woche vor Ablauf der Verjährungsfrist seine Forderung bei einem Gericht eines international unzuständigen Staates, mit dem obendrein die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist, einklagt und einen Monat später, während der erste Rechtsstreit noch anhängig ist, der Schuldner seinerseits vor dem zuständigen deutschen Gericht Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung erhebt, mit der Begründung, dass diese verjährt sei, so ist die Feststellungsklage zwar zulässig, denn ihr steht die Rechtshängigkeit des ersten Prozesses nicht entgegen, aber unbegründet, weil die ausländische Klage die Verjährung zur Zeit noch unterbricht.

2.156 Das Hauptproblem ist jetzt nur folgendes: Welches ist bei analoger Anwendung des § 212 Abs.I BGB auf ausländische Klagen das "nicht in der Sache selbst entscheidende, die Klage rechtskräftig abweisende Urteil"?

2.156.1 Das ausländische Urteil, welches den Prozess abschliesst, dessen Beginn die Verjährung zunächst unterbrochen hat, kann es nicht sein: Wie wir sahen, kommt es letzten Endes gerade auf die rechtskräftige Feststellung an, dass das ausländische Urteil in Deutschland nicht anerkannt wird. Sie kann nur ein deutsches Gericht treffen.
Trotzdem hat das ausländische Urteil selbst - bzw. seine Rechtskraft nach ausländischem Recht - in anderer Beziehung Bedeutung. Mit ihm ist der Prozess über die Hauptsache "erledigt", so dass zugleich die Unterbrechung der Verjährung endigt (§ 211 Abs.1 BGB). Das ausländische Urteil kann grundsätzlich dreierlei Entscheidungen zum Inhalt haben:

(1) Es kann die Klage als unbegründet durch Sachurteil abweisen;
(2) Es kann der Klage stattgeben, indem es die beantragte Verurteilung oder Feststellung ausspricht;
(3) Es kann die Klage aber auch als unzulässig durch Prozessurteil abweisen, weil eine der innerstaatlich geforderten Prozessvoraussetzungen, z.B. die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes fehlt.

Im ersten Falle bedeutet das für das Ausland, dass die Unterbrechung der Verjährung gegenstandslos ist, weil rechtskräftig festgestellt wurde, dass ein Anspruch, dessen Verjährung unterbrochen werden könnte, nicht besteht. Für das Inland gibt es von diesem Augenblick an keinen Zweifel, dass auch hier der Klage keine Un-

terbrechungswirkung zukommen kann, Entweder ist nämlich das ausländische Urteil anzuerkennen: dann besteht der geltend gemachte Anspruch auch für das Inland nicht und einer neuen Klage steht die Rechtskraft des ersten Urteils entgegen - oder ihm ist die Anerkennung zu versagen. Im letzten Falle müsste zwar an sich die Entscheidung eines deutschen Gerichts über die Anerkennungsfähigkeit abgewartet werden, ehe materiellrechtliche Schlüsse aus der Versagung der Anerkennung gezogen werden können. Der Gedanke des Gläubigerschutzes, der darin zum Ausdruck kommt, greift jedoch nicht durch, wenn selbst die Anerkennung des Urteils für die Unterbrechung der Verjährung nicht günstig wäre. Deshalb wird durch das abweisende ausländische Sachurteil die Unterbrechungswirkung der Klage rückwirkend vernichtet, es sei denn, dass schon vorher in Deutschland von neuem geklagt worden ist.

2.156.2 Der uns hauptsächlich interessierende Fall ist der zweite (verurteilendes bzw. feststellendes Urteil). Bisher steht nur fest, dass das Urteil im Sinne des § 212 Abs.1 BGB ein inländisches sein muss. Wie steht es nun mit den weiteren Voraussetzungen, dass es sich um ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil handeln und in ihm die Klage rechtskräftig abgewiesen worden sein muss? Innerstaatlich wird unter einem Urteil, das nicht in der Sache selbst entscheidet, jedes Urteil verstanden, in dem eine Klage aus prozessrechtlichen Gründen abgewiesen wird - also jedes Prozessurteil 1). Darin wird ausgesprochen, dass eine Prozessvoraussetzung fehlt, ohne die das Sachurteil unzulässig ist.
Darauf kommt es bei § 212 BGB an, denn ohne Sachurteil kann der streitige Anspruch nicht rechtskräftig festgestellt werden. Warum die Sachentscheidung unzulässig ist und welche Prozessvoraussetzungen im einzelnen fehlen, ist unwichtig. Deshalb erscheint es erlaubt, unter den Begriff des Prozessurteils in diesem Sinne auch eine deutsche Entscheidung zu bringen, die feststellt, dass ein ausländischer Prozess mangels Anerkennbarkeit für Deutschland keine Sachentscheidung hervorgebracht hat. Der Tenor der deutschen Entscheidung - der vielleicht selbst ein Sachurteil enthält - darf dafür nicht massgeblich sein. Ebenso ist kein Hindernis, dass die ausländische Klage nicht unzulässig war; denn "Prozessvoraussetzung" ist weiter als "Klagevoraussetzung" 2).

Das deutsche Recht sieht für die Anerkennung ausländischer Entscheidungen nicht in jedem Falle ein eigenes Verfahren vor (ähnlich etwa dem französischen Exequatur- oder dem italienischen Delibationsverfahren). Nur wenn aus dem ausländischen Urteil die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, verlangt § 722 Abs.I ZPO ein Vollstreckungsurteil. Die Klage auf Erlassung dieses Vollstreckungsurteils ist nach § 209 Abs.I BGB ein selbständiger Tatbestand, der die Verjährung unterbricht. Das

---

1) Kussi S.73
2) Vgl. Rosenberg § 89 I 2

ist nicht etwa wegen der Unterbrechungswirkung der ausländischen Klage überflüssig, denn diese endigt mit der (formellen) Rechtskraft des ausländischen Urteils (§ 211 Abs.1 BGB). Ausserdem kennt die ZPO ein Vollstreckungsurteil auch bei (inländischen) Schiedssprüchen (§ 1042a ZPO).
Das Vollstreckungsurteil ist Gestaltungsurteil 1). Streitgegenstand ist das prozessuale Gestaltungsrecht auf Verleihung der Vollstreckbarkeit, das dann gegeben ist, wenn das ausländische Urteil nach ausländischem Recht Rechtskraft erlangt hat und nach § 328 ZPO anzuerkennen ist (§ 723 Abs.II ZPO) 2). Entgegen einer älteren Lehre 3), die Feststellungsurteil annahm, ist Streitgegenstand also nicht die materielle Rechtskraft des ausländischen Urteils. Die Entscheidung, dass ein ausländisches Urteil nach § 328 ZPO anerkannt wird oder nicht anerkannt wird, ist nur eine Vorfrage innerhalb der Entscheidungsgründe, die nicht in Rechtskraft erwächst 4).

Erst recht blosse Vorfrage ist die Anerkennung in all den anderen Fällen ausserhalb der Zwangsvollstreckung, in denen die damit befassten Personen selbständig über die Anerkennung befinden können 5). Dabei kann es vorkommen, dass lange Zeit die Frage der Anerkennung an kein deutsches Gericht herangetragen wird. Wenn es allein um die Unterbrechung der Verjährung geht, wird dies vermutlich erst in dem neuen, diesmal in Deutschland geführten, Rechtsstreit geschehen, in welchem der Gläubiger, nachdem er seine Forderung im Ausland zwar hat gerichtlich feststellen lassen aber nicht durchsetzen können, nochmals denselben Anspruch geltend macht. Bringt der Schuldner jetzt die Einrede der Verjährung vor, so wird der Gläubiger zum Beweis für die Unterbrechung der Verjährung die im Ausland erhobene Klage und das ausländische Urteil vorweisen. Vor seiner Entscheidung in der Hauptsache muss das deutsche Gericht inzidenter prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anerkennung nach § 328 ZPO gegeben sind, da in diesem Fall die "Einrede" der Rechtskraft gegeben wäre 6).

Fraglich ist, ob durch eine solche Inzident-Verneinung der Anerkennbarkeit - sei

---

1) StJSchP § 722 Anm.I 1; Rosenberg § 173 I 2; Baumbach, ZPO, § 722 Anm. 1 B; Kisch S.164; Riezler IZPR S.566
2) Nach Riezler IZPR S.564 ist Streitgegenstand die Zulässigkeit der Vollstreckung im Inland; nach Hellwig Anspruch S.174 und Lb I S.129 der materielle Anspruch auf die Leistung.
3) Vgl. Langheineken S.172; Kohler ZZP 29, 12
4) Vgl. Rosenberg § 150 II 1
5) Vgl. Riezler IZPR S.563
6) Vgl. Riezler IZPR S.521. Eine Ausnahme davon ist in den Fällen anzunehmen, in welchen auch trotz inländischer Verurteilung eine neue Klage über denselben Streitgegenstand zulässig wäre: vgl. Staudinger-Coing § 218 N.7; Soergel-Siebert § 218 N.10; Johannsen in RGRKomm § 218 Anm.8; Palandt § 219 Anm.2

es in diesem Urteil, sei es im Verfahren der Vollstreckbarerklärung - die Klage entsprechend dem § 212 Abs.I BGB "rechtskräftig abgewiesen" wird. Das mag auf den ersten Blick ganz unproblematisch erscheinen. Wenn das ausländische Urteil nicht anerkannt werden kann, wird sowohl die "Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteils" als auch die neue Leistungs- oder Feststellungsklage (diese wegen Verjährung) abgewiesen. Darum geht es aber gar nicht. Die abweisenden Entscheidungen sind Sachabweisungen. Worauf es ankommt, ist die Feststellung, dass dem ausländischen Urteil in Inland keine materielle Rechtskraft zukommt, und dass somit die ausländische Klage kein geeignetes Mittel war, die Feststellung des Anspruchs zu betreiben. Diese Feststellung wird allerdings getroffen, wenn auch nur implicite. Aber sie wird nur für den Einzelfall getroffen und bindet den Richter, der später über andere Wirkungen des ausländischen Urteils zu befinden hat, nicht. Das schadet aber nicht, weil "rechtskräftig" in § 212 Abs.I BGB nur "formell rechtskräftig" meint. Der Gesetzgeber wollte im Hinblick auf § 212 Abs.II BGB den Zeitpunkt, von dem ab die Unterbrechung als rückwirkend beseitigt gilt, eindeutig klarstellen.
Deshalb gilt § 212 Abs.I BGB auch, wenn durch ein deutsches, unanfechtbar gewordenes Urteil inzidenter festgestellt wird, dass ein ausländisches verurteilendes oder feststellendes Sachurteil nicht anerkannt werden kann.

2.157 Wenn aber der Absatz 1 des § 212 BGB anwendbar ist, dann muss dasselbe auch für den Absatz 2 gelten. Kussi 1) sagt ganz richtig, dass es "gesetzliches Prinzip ist, dass auch dort, wo nur im Hinblick auf das künftige Sachurteil Wirkungen an die Klageerhebung geknüpft werden, die mangelhafte Klageerhebung zunächst diese Folgen auslöst". § 212 Abs.II BGB ist also keine echte Fiktion, sondern bewirkt nur die Fortdauer des anfänglichen Zustandes 2).
Die Frist von 6 Monaten ist im übrigen hier bedeutungslos. Es ist anerkannt, dass die neue Klage auch dann die Frist wahrt, wenn sie vor Rücknahme der alten erhoben wird 3). Das ist auch auf den Fall der Prozessabweisung zu übertragen. Deshalb wahrt schon die inländische Leistungs- oder Feststellungsklage, in deren Verfahren erst festgestellt wird, dass die ausländische Entscheidung nicht anerkannt werden kann, die Frist und lässt somit die Unterbrechungswirkung der ausländischen Klage fortbestehen. Dasselbe gilt nach § 209 Abs.1, 4. Alternative in Verbindung mit § 212 Abs.II BGB auch für die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteils.

Beim ausländischen klagabweisenden Prozessurteil (oben als Fall 3 bezeichnet) ist die Sachlage etwas anders. Hier kann das Urteil im Inland keine stärkeren Wirkun-

---

1) S.75 f.
2) Vgl. Palandt § 212 Anm.3: "Die unterbrechende Wirkung der ersten Klage bleibt erhalten".
3) RGZ 149, 321 (326)

gen haben als ihm seinem Wesen nach in seinem Ursprungsland zukommen (nämlich die eines blossen Prozessurteils). Umgekehrt kann der Gläubiger, der ein ausländisches Prozessurteil erstritten hat, nicht besser gestellt werden als wenn es sich um ein inländisches handelte. Deshalb beginnt die Frist des § 212 Abs. II BGB schon mit der Rechtskraft des ausländischen Urteils (nach ausländischem Recht) zu laufen.

2.16 Aus alledem folgt, dass der Gesichtspunkt der Anerkennung (§ 328 ZPO) nicht herangezogen werden kann, um missbräuchliche Klagen zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung zu verhindern oder unschädlich zu machen.

2.161 Ebenso wenig ist der von Neumeyer 1) vorgeschlagene Weg gangbar. Neumeyer glaubt, man könnte sich gegen den Missbrauch der Unterbrechungswirkung ausländischer Klagen durch analoge Anwendung des Art. 30 EGBGB schützen. Es ist nicht recht ersichtlich, wie das möglich sein soll. Die materielle Vorbehaltsklausel des Art. 30 setzt voraus, dass an sich ein ausländisches Gesetz angewendet werden soll. In den Fällen, die uns - und Neumeyer - beschäftigen, unterliegt die Verjährung aber gerade deutschem Recht 2).

Deshalb ist auch das Beispiel, das Katinszky 3) bringt, unglücklich gewählt: Die Verjährung der Ansprüche aus einer in einem fremden Staat begangenen unerlaubten Handlung beurteilt sich nach dessen Recht als der lex loci delicti commissi. Dieses Recht hat auch darüber zu befinden, ob eine Klage die Verjährung unterbricht 4). Falls es eine solche Vorschrift überhaupt kennt, wird es diese Frage sicher bejahen, wenn die Klage in jenem Staate selbst erhoben worden ist.

2.162 Der Versuch, einigermassen allgemeine Regeln zur Verhütung eines Missbrauchs des § 209 BGB durch im Ausland erhobene Klagen aufzustellen, schlägt also fehl. (Genau genommen könnte man schon bei Anwendung der Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB von keiner allgemeinen Regel mehr sprechen).

Andererseits können solche Missbräuche leicht vorkommen. Zu denken ist hier vor allem an Klagen in Ländern, in denen weder eine der Parteien ihren Wohnsitz oder eine Niederlassung, noch der Beklagte Vermögen hat; ferner an Klagen in Ländern

---

1) JW 26, 374
2) Vgl. Kallmann SJZ S. 219, RCr S. 36
3) S. 856
4) Vgl. Kallmann SJZ S. 198 f., 209 Nr. 59; Schnitzer II, S. 665, 668; Zitelmann IPR II, S. 263; Süss S. 259 ff., 267; Raape IPR S. 498; Soergel-Kegel vor Artikel 7 N. 162; Lewald DIPR S. 74

die es mit der Zustellung der Klage und dem Erlass von Versäumnisurteilen nicht so genau nehmen.

Man wird also jeden einzelnen Fall für sich darauf prüfen müssen, ob ein Missbrauch des § 209 BGB vorliegt. Gegen eine positive Formulierung dieses Gedankens, etwa in dem Sinne, dass eine im Ausland erhobene Klage nur dann die Verjährung unterbreche, wenn mit ihr ein vernünftiger Zweck verfolgt wird, bestehen hingegen erhebliche Bedenken. Dadurch würde die Rechtssicherheit untergraben. Die tatsächlichen Umstände zur Zeit der Klageerhebung lassen sich nachträglich oft nur schwer feststellen. Es dürfte dabei auch nicht ausschliesslich auf den Zeitpunkt der Klageerhebung abgestellt werden. Wenn erst nach Klageerhebung, aber vor Urteilsverkündung Vermögen des Schuldners in den Urteilsstaat gelangt ist, müsste die Klage zunächst mutwillig, nachträglich aber - von Anfang an - gerechtfertigt erscheinen. Ausserdem müsste man eine solche Formel vom "vernünftigen Zweck" dann auch auf Fälle anwenden, in denen Deutsche, die im Ausland leben und auch nur dort Vermögen haben, einander wegen eines deutschem Recht unterstehenden Rechtsverhältnisses in Deutschland verklagen. Auch dafür ist an sich kein sachlicher Grund ersichtlich. Trotzdem wird durch diese Klage angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 209 Abs.I BGB die Verjährung unterbrochen.

Anstelle einer einschränkenden Auslegung des § 209 Abs.I BGB bei Sachverhalten mit Auslandsberührung kommt also nur noch die Einrede der Arglist in Frage, was schon Kallmann 1) vorschlägt 2).

---

1) SJZ S.219

2) Vgl. hierzu RGZ 149, 9, wo der Kläger kurz vor Ablauf der Frist des § 41 Abs.I S.1 KO statt beim zuständigen LG beim AG geklagt hatte. Das RG nimmt dazu folgendermassen Stellung: "Ob die Klageeinreichung beim AG gerade nur zur Fristwahrung um des Vorteils des § 496 Abs.3 ZPO willen - den § 261b Abs.3 ZPO gab es damals noch nicht - stattfindet, kann für die Beurteilung keinen Unterschied machen, da keiner Partei verwehrt werden kann, von verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zu ihren Gunsten Gebrauch zu machen, wenn dadurch weder Belange der öffentlichen Rechtsordnung noch Rechte des Gegners verletzt werden."

2.2 Unterbrechung der Ersitzung

Nach § 941 BGB wird die Ersitzung zu Gunsten des Klägers unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Besitzer geltend gemacht wird. Die §§ 209 bis 212 BGB sind für entsprechend anwendbar erklärt.

2.21 Das heutige Institut der Ersitzung hat sich aus dem gemeinen Recht entwikkelt. Das römische Recht kannte auf seinem frühen Stand nebeneinander die usucapio und die longi temporis praescriptio. Letztere war eine dem Besitzer gegebene Verschweigungseinrede gegenüber dem Eigentumsanspruch - allerdings mit Wirkung gegen Dritte ausgestattet 1). In der nachklassischen Entwicklung ging dann die erwerbende Ersitzung(usucapio) in der tilgenden Verjährung (longi temporis praescriptio) auf 2).
Der Gesetzgeber des BGB 3) hielt es zwar für "erforderlich, die Institute der Verjährung und der Ersitzung voneinander getrennt zu halten, da dieselben auf verschiedenen Grundgedanken beruhen". In Wirklichkeit aber kann die Ersitzung des BGB ihre Herkunft aus der Verjährung, ja sogar aus der ausserordentlichen Ersitzung des römischen Rechts nicht verleugnen 4). Zwar ist die Ersitzungszeit kürzer, aber ein Titel wird nicht verlangt. Bei der longi temporis praescriptio wurde die Ersitzung durch Klageerhebung unterbrochen 5) - nicht dagegen bei der usucapio 6). An die Verjährung erinnert auch, dass nach § 941 BGB die Unterbrechung nur zugunsten desjenigen eintritt, welcher sie herbeiführt.

2.22 Deshalb liegt es nahe, dass auch die Folgen einer Klage im Ausland hier die gleichen sind, wie bei der Unterbrechung der Anspruchsverjährung.
Einerseits ist die im Ausland erhobene Klage ebenfalls "gerichtliche Geltendma-

---

1) Kaser I S. 353 ff.
2) Kaser II S. 204 f.
3) Vgl. Motive III S. 351
4) Zu dieser vgl. Jörs-Kunkel S. 138. Kussi, S. 55, zählt die Ersitzungsfrist zu den Ausschlussfristen. Dazu hat ihn vermutlich der Umstand veranlasst, dass die vollendete Ersitzung nicht bloss eine Einrede gibt. Dennoch darf nicht verkannt werden, dass dort, wo das Gesetz eine Ausschlussfrist vorsieht, das Recht nicht wegen Nichtausübung erlischt, sondern von vornherein zeitlich begrenzt ist. Das trifft auf das Recht des Eigentümers, gegen den ersessen werden soll, nicht zu.
5) Jörs-Kunkel S. 138 bei N. 9; Kaser I S. 358 N. 47; Windscheid-Kipp I § 180 N. 7
6) Kaser I S. 357 N. 35

chung" im Sinne von § 941 BGB. Andererseits hängt auch hier die Unterbrechungswirkung vom Ausgang des Prozesses ab.
Bei der Unterbrechung der Verjährung wurde dieses Ergebnis damit begründet, dass die Klage dazu führen solle, die gemäss § 208 BGB in erster Linie mit Unterbrechungswirkung ausgestattete Anerkennung des Verpflichteten durch eine gerichtliche Entscheidung zu ersetzen. Einer solchen Anerkennung würde der - gleichfalls unterbrechend wirkende - Entschluss des Besitzers entsprechen - die Sache nicht mehr als ihm gehörend zu besitzen (§§ 940 Abs.I, 872 BGB). Dieser Entschluss - ein Internum, das sich zwar nach aussen kundtun muss, aber nicht in Gestalt einer Willenserklärung - lässt sich nicht durch den Spruch eines Gerichtes ersetzen.

Eher wird man sagen können, dass die Klage nach § 941 BGB darauf gerichtet ist, dem Beklagten den Besitz g a n z zu entziehen und ihm damit eine Voraussetzung für die Vollendung der Ersitzung zu nehmen. Die Eigentumsherausgabeklage nach § 985 BGB dient unmittelbar diesem Ziel; die Klage auf Feststellung des Eigentums bereitet es wenigstens vor. Obendrein erfährt der Besitzer durch ein rechtskräftiges Urteil, welches das Eigentum des nichtbesitzenden Klägers feststellt, zweifelsfrei, dass ihm das Eigentum nicht zusteht (vgl. § 937 Abs.2 BGB).

Auch die Motive zum BGB 1) lassen erkennen, dass es dem Gesetzgeber bei der Unterbrechung der Ersitzung auf die rechtskräftige Feststellung des Eigentumsanspruchs ankam, deren Wirkungen er nur auf den Zeitpunkt der Klageerhebung zurückdatierte. Bei der Ersitzung sprächen nämlich "die gleichen Gründe wie in dem Falle der Anspruchsverjährung dafür, die Prozessdauer zu Gunsten des Klägers unschädlich zu machen. In derselben Weise, wie ein erhobener dinglicher Anspruch gegen die Folgen des Ablaufes der Verjährungsfrist zu schützen (sei, sei) derselbe auch gegen die Folgen des Ablaufs der Ersitzungsfrist zu schützen."

Die Rechtsordnung, auf die es dabei ankommt, und die über die Anerkennung des ausländischen Urteils zu entscheiden hat, ist die deutsche. Das Urteil kann nur an dem Orte durchgesetzt werden, an dem die Sache belegen ist. Da das IPR die Ersitzung auch an die lex rei sitae anknüpft, liegt dieser Ort in allen uns interessietenden Fällen - in denen nämlich materiell deutsches Recht anwendbar ist, - in Deutschland.
Die weiteren Folgerungen, die sich aus der analogen Anwendung des § 212 BGB, auf den § 941 Satz 2 BGB verweist, ergeben, sind die gleichen wie bei der Anspruchsverjährung. Auf die dort gemachten Ausführungen kann daher verwiesen werden.

---

1) Bd.III S.356

2.3 Wahrung von Ausschlussfristen

2.31 Gewisse Rechte sind nicht bloss in der Weise zeitlich begrenzt, dass ihnen nach Ablauf einer bestimmten Zeit die Einrede der Verjährung entgegengehalten werden kann, sondern so, dass ihr Bestand von vornherein befristet ist. Man spricht hier von Ausschlussfristen 1). Sie sind vor allem den Gestaltungsrechten eigen, zuweilen findet man sie aber auch bei Ansprüchen. Die vor Ablauf der Frist notwendige Ausübung des Rechts kann vielfach durch gewöhnliche Willenserklärung erfolgen (z.B. §§ 124 mit 143, 2081 mit 2082 BGB).

Oft genügt dies aber nicht: Es muss - zum Teil wahlweise neben anderen Möglichkeiten - Klage erhoben werden. Diese letzteren Fälle sind allein für uns von Interesse. Ist die Frist gewahrt, wenn rechtzeitig im Ausland die Klage eingereicht wird? Muss die Klage zu einem anerkennungsfähigen Urteil führen, wie es Frankenstein 2) auch im Geltungsbereich der Ausschlussfristen fordert?

Diese Frage kann nur durch Auslegung der einzelnen deutschen Bestimmungen, die eine durch Klage zu wahrende Ausschlussfrist vorsehen, beantwortet werden. Es kommt dabei, wie bei der Verjährung, darauf an, ob die Vorschrift nach ihrem Sinngehalt und vor allem ihrem gesetzespolitischen Zweck dem Erfolg der Klage, dem Ausgang des Prozesses, Bedeutung beimisst.

2.32

2.321 In § 485 BGB (Erhaltung der Mängelansprüche beim Viehkauf) ist der Klage wegen des Mangels die blosse Anzeige an den Verkäufer und deren Absendung gleichgestellt. Daraus folgt, dass allein die unzweideutige Willensäusserung des Käufers entscheidet. Seinen Willen kann der Käufer auch durch eine im Ausland erhobene Klage kundtun.
Doch auch in anderen Fällen ist die Ausschlussfrist lediglich bestimmt, um dem Berechtigten einen Ansporn zu geben, sich binnen bestimmter Frist darüber zu erklären, ob er seinen Anspruch ausübe oder nicht 3).
Der Finder muss beizeiten wissen, ob er noch einer Kondiktion ausgesetzt sein wird (§ 977 BGB) 4), der Eigentümer, ob der Besitzer Verwendungen ersetzt haben will (§ 1002 BGB). Die Ausschlussfrist der §§ 801, 804, 1188 BGB ist darin begründet dass die Anwendung der allgemeinen Verjährungsgrundsätze grosse Schwierigkeiten

---

1) Zu diesem Begriff vgl. Staudinger-Coing Vorbem. vor § 194 N. 3
2) Band I S. 372
3) Vgl. zum Folgenden Kussi, S. 61
4) Vgl. Motive III S. 386

bereiten würde 1). Hier weist auch die Gleichstellung mit der Vorlegung darauf hin, dass es nur auf den unzweideutig erklärten Willen, den Anspruch auszuüben, ankommt.

Die Klage im Ausland genügt; ebenso wenig wie die spätere Abweisung der im Inland erhobenen Klage die allein wesentliche Tatsache, dass das Erfüllungsbegehren in formeller Weise fristgerecht zum Ausdruck gebracht wurde, aus der Welt schafft 2), ändert hieran die spätere Feststellung, dass das ausländische Urteil der Anerkennung nicht fähig ist, etwas - vorausgesetzt, dass die im Ausland vorgenommene Prozesshandlung sich als formell ordnungsmässige Klage darstellt.
Sobald einmal der Anspruch rechtzeitig gerichtlich geltend gemacht worden ist, hat die Ausschlussfrist keine Bedeutung mehr. Es läuft nur mehr die Verjährungsfrist, die in §§ 801 Abs. 1 S. 2 und 804 Abs. 1 S. 3 auf 2 bzw. 4 Jahre festgesetzt ist. Doch auch in den anderen genannten Fällen läuft die gesetzliche Verjährungsfrist. Endgültig kann der Anspruch also durch eine neue Klage geltend gemacht und durchgesetzt werden, die mit der zum Zwecke der Fristwahrung erhobenen nichts mehr zu tun hat.

2.322 Nach § 1933 BGB ist das Erbrecht des überlebenden Ehegatten sowie das Recht auf den Voraus ausgeschlossen, nach § 2077 Abs. 1 S. 2 eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat (nach §§ 2268 Abs. 2 bzw. 2279 Abs. 2 teilweise auch ein gemeinschaftliches Testament bzw. ein Erbvertrag) unwirksam, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe zu klagen berechtigt war und die Klage erhoben hatte, sofern im Falle der Scheidung oder Aufhebung der Ehegatte als schuldig anzusehen wäre. Der Todeszeitpunkt wirkt hier wie das Ende einer Ausschlussfrist - freilich mehr noch aus tatsächlichen als aus rechtlichen Gründen. Deshalb scheidet hier die Möglichkeit, dass der Erblasser sich die "fristwahrende" Wirkung einer unzulässigen Klage analog § 212 Abs. 2 BGB für eine verspätete aber ansonsten zulässige Klage zunutze macht, aus.

Umso wichtiger wird damit die Frage, ob eine im Ausland erhobene Scheidungs- oder Aufhebungsklage, die nur zu einem Urteil führen könnte, das vom inländischen Recht nicht anerkannt würde, ausreicht, um die obigen Wirkungen hervorzurufen. Dies ist zu bejahen. Durch das Erfordernis der Klage sollte nur eine eindeutige Willensäusserung des Erblassers herbeigeführt werden, ob er seine Ehe aufrecht erhalten wollte 3). Auf das Urteil in dem dadurch eingeleiteten Rechtsstreit kann es nicht ankommen, weil es in keinem Falle ergehen kann (§ 628 ZPO). Erst im Erb-

---

1) Vgl. Motive II S. 703 f.
2) Kussi S. 79
3) Staudinger-Lehmann § 1933 N. 3; Planck-Flad § 1933 Anm. 2c; Leonhard § 1933 Anm. I; KG HRR 1942 Nr. 478

scheinsverfahren oder in einem anderen Prozess, der jedoch keine Ehesache mehr ist, wird festgestellt, ob der Erblasser zu klagen berechtigt war und der überlebende Ehegatte als schuldig anzusehen ist 1). Dass nicht die Scheidungs- bzw. Aufhebungsklage als solche durch den Zeitpunkt des Todes befristet ist, folgt umgekehrt daraus, dass der "Erblasser", lebte er noch, sie auch später - innerhalb der Fristen der §§ 35 und 50 EheG - erheben könnte. Da auch eine im Ausland erhobene Klage den Scheidungswillen klar erkennen lässt, reicht sie für §§ 1933, 2077 BGB aus 2).

2.33 Ganz anders ist es bei den Gestaltungsrechten, die nur durch Klageerhebung innerhalb einer bestimmten Frist ausgeübt werden können. Hier tritt die Rechtswirkung erst mit der Rechtskraft des Urteils ein.

2.331 Das gilt für die Gestaltungsurteile im engeren Sinne:Eheaufhebungsurteil 3) (§§ 29, 35 EheG), Eheaufhebungsurteil nach Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung (§§ 39 Abs.1 EheG.; 19 Abs.1 d. 1.DVO EheG; Scheidungsurteil wegen Verschuldens (§§ 41, 50 I EheG)), wie für die sog. "auslösenden Urteile": Urteil auf Ehelichkeitsanfechtungsklage (§§ 1594, 1595a Abs.1 S.3, 1596 Abs.2, 1599 BGB i.d.F.d. FamilienrechtsänderungsG vom 11.8.1961 (BGBl I S.1221) und auf Anfechtungsklage wegen Erbunwürdigkeit (§§ 2342 mit 2340 Abs.3 und 2082 BGB) 4), Urteil, das auf Anfechtungsklage den Beschluss der Hauptversammlung (§§ 197, 199 Abs.1 AktG) oder Generalversammlung (§ 51 Abs.1 GenG) für nichtig erklärt 5). Auch letztere wirken konstitutiv. Zwar ist das Kind, dessen Abstammung vom Ehemann offenbar unmöglich ist, auch vorher schon unehelich (§ 1591 Abs.1 S.2 BGB) - § 1593 spricht auch von "rechtskräftiger Feststellung" der Unehelichkeit; erbunwürdig ist schon, wer die Voraussetzungen des § 2339 erfüllt.

---

1) Vgl. Staudinger-Lehmann § 1933 N.9

2) Ebenso für die unzulässige, im Inland erhobene Klage Kussi S.79 f.; Staudinger-Lehmann § 1933 N.3, § 2077 N.4; Planck-Flad § 1933 Anm.2c. Leonhard § 1933 Anm.II C; Soergel-Ehard-Eder § 1933 N.1; Kregel in RGR Komm. § 1933 Anm.3; KG HRR 1942 Nr.478

3) Wenn Kisch (S.104 ff.) das in dem Prozess auf Anfechtung der Ehe ergehende Urteil zu der von ihm aufgestellten Kategorie der auslösenden, nicht konstitutiven Urteile zählt, so ist das heute überholt, weil die in §§ 28 ff. EheG 1946 im Anschluss an das EheG 1938 an die Stelle der Anfechtungsklage (§§ 1330 ff. BGB) getretene Aufhebungsklage ex nunc wirkt.

4) Die Ehenichtigkeitsklage nach §§ 23 f EheG gehört an sich auch hierher, sie ist aber unbefristet.

5) Rückwirkend: Baumbach-Hueck § 200 Anm.2 D; Hellwig Anspruch S.463 N.21, 22

Das alles reicht jedoch nicht aus, um mit Kisch 1) die konstitutive Natur dieser, von ihm sogenannten, "auslösenden" Urteile zu leugnen. Es kommt dabei darauf an, ob man in der vor dem Urteil fehlenden und mit ihm gegebenen Möglichkeit, "die Unwirksamkeit eines Tatbestands geltend zu machen", eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse erblickt. Kisch möchte diese Frage verneinen, indem er 2) die vorläufigen Rechtsfolgen des mangelhaften Tatbestands als "reine Truggebilde" bezeichnet. Diese Auffassung widerspricht der Rechtswirklichkeit 3). Es gibt zahlreiche Fälle, in denen die Beteiligten von dem Damoklesschwert, das über ihren Rechtsbeziehungen schwebt, gar nichts ahnen und sich daher in dem "Truggebilde" recht wohl fühlen: So etwa, wenn der Ehemann sich über seine Abwesenheit während der Empfängniszeit oder eine aus anderen Gründen offenbare Unmöglichkeit seiner Vaterschaft an einem von seiner Ehefrau geborenen Kind keine Gedanken macht; oder wenn niemand weiss, dass der Erbe einmal versucht hat, den Erblasser zu töten (§ 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB).
Andererseits braucht der Klagebrechtigte, auch wenn er sein Klagerecht kennt, davon ebenso wenig Gebrauch zu machen, wie von einem Anfechtungsrecht nach § 119 BGB. Auf das Problem, ob das konstitutive Element nicht vielleicht in der Klage, statt in dem Urteil enthalten ist, wird in anderem Zusammenhang eingegangen werden.

2.332 Die Gestaltungsurteile im Prozessrecht brauchen wir für unsere Zwecke nicht zu berücksichtigen. Es handelt sich hierbei um die Anfechtung von Entmündigungsbeschlüssen (§§ 664, 684 ZPO) und von Ausschlussurteilen (§§ 957 Abs. 2, 958 ZPO), sowie um die Aufhebung von Gestaltungsurteilen im Wiederaufnahmeverfahren (§ 586 ZPO) oder von rechtsgestaltenden Schiedssprüchen (§ 1043 ZPO).
Ausschliesslich zuständig ist jeweils das Gericht, das die aufzuhebende Entscheidung erlassen hat (§ 584 ZPO) bzw. das ihm übergeordnete Gericht (§§ 665, 684 Abs. 4, 957 Abs. 2 ZPO). Wenn ein ausländisches Gericht eine dieser Entscheidungen erliesse, könnte sie schon wegen § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht anerkannt werden. Ohne Anerkennung würde die "rechtzeitige" Klageerhebung nichts nützen. Das wird für die anderen Gestaltungsklagen noch zu zeigen sein. Bei den prozessrechtlichen Klagen kommt noch entscheidend hinzu, dass nach Reu 4), Swoboda 5) und Nussbaum 6) ein auch vom Reichsgericht 7) anerkannter Grundsatz des Völ-

---

1) S. 87 ff., 95 ff.
2) S. 90
3) ebenso Boehmer Band I S. 119
4) S. 59 ff.
5) S. 73
6) DIPR S. 388
7) RGZ 116, 194 = JW 27, 1311 mit Anm. Kisch S. 1375 und JW 28, 1223 mit

kerrechts besteht, wonach ein Staat einem richterlichen oder sonstigen Hoheitsakt eines anderen Staates zwar die Anerkennung versagen, nicht aber ihn förmlich wieder aufheben darf 1).
Wenn eine Verletzung dieses Grundsatzes schon keine anderen Sanktionen nach sich zieht, dann wenigstens die, dass wir ihr jede Beachtung versagen. Desgleichen gehen wir auch über Verfahrenshandlungen hinweg, die keinen anderen Zweck haben können als jene den unseren entgegengesetzten Akte vorzubereiten.

2.333 Wenn also die Gestaltungsklage erst durch das Urteil materiellrechtliche Wirkungen entfaltet 2), so bedeutet dies, dass sie nicht vorgeschrieben ist, weil sie ein besonderer rechtsförmlicher Akt ist, sondern deswegen, weil über sie durch Urteil entschieden werden muss 3). Für die Wahrung der Ausschlussfrist hat der Gesetzgeber deshalb nicht das Urteil entscheidend sein lassen, weil der Kläger wenig Einfluss darauf hat, wann es ergeht. Vielmehr ist auf die Klageerhebung abgestellt, weil in ihr die Handlung des Berechtigten liegt, die unmittelbar zur Verwirklichung des Rechtes führt.
Welche unliebsamen Folgen eine andere Ausdrucksweise des Gesetzes haben kann, zeigt § 25 b der FürsorgepflichtVO i.d.F.d. Gesetzes vom 22.12.1936 ("Der Ersatzanspruch nach den §§ 25 und 25a erlischt nach vier Jahren vom Ablauf des Jahres an, in dem die Unterstützung gewährt worden ist"). Vergleiche jetzt § 92 Abs.6 des Bundessozialhilfegesetzes vom 30.6.1961 (BGBl I. S.815). Diese vierjährige Ausschlussfrist unterliegt keiner Hemmung oder Unterbrechung. Der Ein-

---

Fortsetzung der Anmerkung 7), Seite 29:
Anm. Leo S.1453. Ebenso der V.Zivilsenat des BGH (BGHZ 21, 368) und OLG Frankfurt NJW 1957, 307 mit Anm. Jarck S.716

1) A.A. Jarck FamRZ 1956, 298; Soergel-Kegel vor Art.7 N.389, Art.8 N.12; BGH - IV.Zivilsenat - BGHZ 19, 240 (245); und - wenigstens für Sorgerechtsregelungen - Beitzke Sorgerecht S.504 f. und Anm. JR 1957, 25. Dagegen auch Rheinstein S.283 N.1 mit der Begründung, dass der inländische Akt dem ausländischen mit Wirkung nur für das Inland Rechtswirkungen absprechen könne, die das inländische Recht ihm vorher durch die Anerkennung selbst beigelegt habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass der inländische Akt mehr ist als eine blosse Verweigerung oder ein Widerruf der Anerkennung. Als actus contrarius beansprucht er ebenso Beachtung durch andere Länder wie der aufgehobene ausländische Akt selbst.
2) Auch Kallmann SJZ S.212 N.70, S.214 gibt zu, dass bei Gestaltungsurteilen "die materielle von der prozessualen Wirksamkeit abhängt und infolgedessen das materielle Rechtsverhältnis im Inland nicht existieren kann, wenn der prozessuale Akt, dem es seine Entstehung verdankt, als solcher im Inland nicht anerkannt wird".
3) Kussi S.50

wand, dass der Ersatzanspruch durch Fristablauf erloschen sei, kann sogar gegenüber einem rechtskräftigen Urteil im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden 1).

2.34

2.341 Wird ein Erbe nicht innerhalb einer den Umständen angemessenen Frist ermittelt, so hat das Nachlassgericht festzustellen, dass ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist (§ 1964 Abs.1 BGB). Dieser Feststellung hat eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte unter Bestimmung einer Anmeldungsfrist vorauszugehen (§ 1965 Abs.1). Ein Erbrecht bleibt unberücksichtigt, wenn nicht dem Nachlassgericht binnen 3 Monaten nach dem Ablaufe der Anmeldungsfrist nachgewiesen wird, dass das Erbrecht besteht oder dass es gegen den Fiskus im Wege der Klage geltend gemacht ist (§ 1965 Abs.2 S.1).
Diese Klage soll zu einem(Feststellungs-) Urteil führen, das den Nachweis des Erbrechts erbringt, bzw. den auch in anderer Form möglichen Nachweis ersetzt. Es kommt also weniger auf die "Geltendmachung", die Willensbetätigung des Erben, als darauf an, dass über die erbrechtlichen Verhältnisse Klarheit geschaffen wird 2). Das Urteil ist demnach auch hier das Entscheidende.

2.342 Die Besitzschutzansprüche der §§ 861, 862 BGB erlöschen mit dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird (§ 864 Abs.1 BGB). Auch diese Frist ist eine Ausschlussfrist 3). Ganz gleich aus welchen Gründen der Gesetzgeber sich hier nicht mit der Verjährung begnügt hat: Die Klage wahrt die Frist nur, weil sie auf die rechtskräftige Feststellung des Anspruchs abzielt.

2.343 Dasselbe gilt für die Anfechtung von Rechtshandlungen im Konkurs und ausserhalb des Konkurses, für die eine Ausschlussfrist von einem Jahr (§ 41 Abs.1 KO), bzw. einem, zwei oder zehn Jahren (§§ 3, 12 AnfG.) bestimmt ist.
Diese "Anfechtung" zur Fristwahrung erfolgt durch Prozesshandlungen, nämlich grundsätzlich durch Klage 4). Diese ist keine Gestaltungsklage, sondern eine unmittelbar auf Rückgewähr des durch die anfechtbare Handlung Erlangten gerichtete Leistungsklage 5). Das besagt aber nicht, dass die innerhalb der Frist ausgesprochene Willenserklärung, den Rückgewähranspruch geltend zu machen, entschei-

---

1) Jehle § 25b RFV Anm.4
2) Vgl. Kussi S.53
3) Vgl. Motive III S.132
4) Vgl. § 9 AnfG und für die Konkursanfechtung Jaeger-Lent § 29 Anm.37, 38
5) Vgl. §§ 7, 9 AnfG, § 37 KO; Jaeger-Lent Vorbem. II zu §§ 29-42

dend wäre. Die Anfechtung muss vielmehr "in einem Prozessverfahren geltend gemacht werden, das zu einer endgültigen Erledigung des Anfechtungsstreits führt" 1). Dagegen spricht nicht die Vorschrift des § 5 AnfG, wonach der Anfechtungsanspruch auch im Wege der Einrede erhoben werden kann 2). Denn einmal verdankt sie ihre Existenz nicht logischen, sondern praktischen Erwägungen 3); zum anderen wird zwar über die Anfechtungseinrede nicht rechtskräftig entschieden 4), doch läuft das praktische Ergebnis darauf hinaus: Gibt das Gericht der Klage statt, weil eine andere Voraussetzung des § 2 AnfG als das Vorhandensein eines Titels fehlt 5), so wird es dem Gläubiger meist nicht mehr möglich sein, innerhalb der Fristen des § 3 AnfG einen Schuldtitel gegen den Schuldner zu erlangen und den Dritterwerber nach § 9 AnfG zu verklagen; wird dagegen die (Drittwiderspruchs-) Klage auf die Anfechtungseinrede des Beklagten abgewiesen, so ist dieser ebenso gestellt als hätte er sein Anfechtungsrecht nach § 7 AnfG durchgesetzt.

2.344 § 12 Abs.3 VVG - der in dieser Form seit 1939 gilt, nachdem früher das Gesetz nur ähnliche Bestimmungen in den Versicherungsbedingungen gestattet hatte - befreit den Versicherer von der Verpflichtung zu Leistungen aus dem Versicherungsvertrag, wenn der Versicherer den vom Versicherungsnehmer erhobenen Anspruch in gehöriger Form abgelehnt hat und der Versicherungsnehmer daraufhin den Anspruch auf die Leistung nicht innerhalb von sechs Monaten gerichtlich geltend macht. Diese Ausschlussfrist ist von der zwei- bzw. fünfjährigen Verjährung (§ 12 Abs.1 VVG) unabhängig.
Die Frage, ob der Anspruch auch bei einem unzuständigen Gericht geltend gemacht werden könne, ist umstritten. Nach Ehrenzweig 6) wahrt nur die Überreichung der Klage bei dem zuständigen Gericht die Frist, weil nur sie dem Zweck der Fristsetzung genügt.
Prölss 7) will die Klage bei einem örtlich und/oder sachlich unzuständigen Gericht ausreichen lassen, wenn sie nicht mangels Verweisungsantrags abgewiesen wird. Die Urteile, die er im Anschluss daran anführt, betreffen allerdings Fälle, in denen die Sache verwiesen worden ist - wenn auch erst nach Ablauf der in den betreffenden Gesetzen (das VVG ist nicht darunter) bestimmten Fristen.
Dasselbe gilt auch für die Hinweise bei Bruck-Möller 8). Diese Autoren unterscheiden überdies nicht danach, ob verwiesen wird oder nicht, sondern stellen nur fest,

---

1) RGZ 57, 31
2) Was auch bei der Konkursanfechtung möglich ist: Jaeger-Lent § 29 Anm.39
3) Vgl. Kussi S.57 und RG LZ 1915, 1024
4) Rosenberg § 150 II 2
5) Vgl. Jaeger AnfG § 5 Anm.4, 5
6) S.345
7) § 12 Anm.9
8) § 12 Anm.36

dass auch die Klage zu einem unzuständigen Gericht eine "gerichtliche Geltendmachung" und deshalb ausreichend sei.
Nach Stiefel-Wussow 1) muss die Frist auch dann als gewahrt gelten, wenn die Klage vom unzuständigen Gericht abgewiesen wird.
Der strengeren Auffassung ist zuzustimmen. Die Klage soll nicht der blossen Benachrichtigung des Versicherers dienen, denn diese ist schon mit der Anmeldung der Forderung geschehen. Die Klagefrist soll den Versicherer vielmehr davor schützen, jahrelang Schadensreserven durchschleppen zu müssen. Durch jede Verzögerung in der Erledigung zweifelhafter Ansprüche wird die zuverlässige Feststellung der massgebenden Tatsachen erschwert und zugleich die Übersicht über den wahren Stand des Vermögens des Versicherers beeinträchtigt 2). Diese Ziele sind zwar grundsätzlich dieselben wie bei der Verjährung auch. Der gerade für die Versicherung entscheidende Gesichtspunkt der Reservenkalkulation wird jedoch erst aktuell, wenn der Versicherer vom Versicherungsfall Kenntnis erhält. Die Verjährung kann dagegen schon früher beginnen (§ 12 Abs. 1 Satz 2 VVG). Jedenfalls kommt es dem Versicherer darauf an, möglichst bald eine gerichtliche Entscheidung zu erhalten.

2.345 Der Vermieter, der an den eingebrachten Sachen des Mieters ein Pfandrecht hat (§ 559 BGB), kann die Herausgabe der ohne sein Wissen oder gegen seinen Widerspruch entfernten Pfandsachen zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück und, wenn der Mieter ausgezogen ist, die Überlassung des Besitzes verlangen (§ 561 Abs. 2 Satz 1). Das Pfandrecht erlischt jedoch, wenn der Vermieter nicht vor Ablauf eines Monats, nachdem er von der Entfernung der Sachen Kenntnis erlangt hat, seinen Anspruch gerichtlich geltend gemacht hat (§ 561 Abs. 2 Satz 2). Die Vorschriften sind entsprechend auf das Pfandrecht des Herbergswirts anzuwenden (§ 704 BGB). Diese Ausschlussfrist verfolgt den Zweck, im Interesse der Sicherheit des Verkehrs einen dem Publizitätsprinzip widersprechenden Besitzstand möglichst schnell zu beseitigen 3).
Es kommt also letzten Endes sogar auf die Vollstreckung an. Urteil und erst recht Klage sind bloss ein Vorgriff darauf. Die Klage wahrt die Frist nur, weil - und

---

1) § 8 AKB Anm. 14 a.E.
2) Prölss § 12 Anm. 5. Ebenso Stiefel-Wussow § 8 AKB Anm. 1; Ehrenzweig S. 338
3) Vgl. Mugdan II S. 860; Kussi S. 57. Deshalb wahrt zwar der Widerspruch gegen eine einstweilige Verfügung auf Gestattung der Wegschaffung die Frist (KG vom 6.5.1913, OLGRspr 27, 157) - nicht aber die Pfändung von Mietsachen wegen einer Mietzinsforderung (OLG Düsseldorf vom 26.3.1907 und 31.1.1908, OLGRspr 17, 5), da ja in diesem Fall nur ein Pfändungspfandrecht, nicht aber ein gesetzliches Pfandrecht nach § 559 BGB entstünde, so dass von aussen nicht erkennbar wäre, ab wann dem Vermieter ein Pfandrecht zusteht.

wenn - sie auf die Wiederherstellung des der Rechtslage entsprechenden Zustands gerichtet und dazu geeignet ist 1).
Entsprechendes gilt für die Klage, die der Frachtführer bzw. Verfrachter nach §§ 440 Abs. 3, 623 Abs. 2 HGB § 26 BSchG innerhalb einer bestimmten Frist nach Ablieferung des Gutes erheben muss, um sich sein gesetzliches Pfandrecht zu sichern 2).

2.346 Die Ersitzung wird durch den Verlust des Eigenbesitzes unterbrochen (§ 940 Abs. 1 BGB). Nach § 940 Abs. 2 gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren und ihn binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat. Letztere Bestimmung ist in § 900 Abs. 1 S. 2 BGB (Buchersitzung), § 927 Abs. 1 S. 2 (Kontra tabularersitzung) und § 955 Abs. 3 BGB (Fruchterwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers) für entsprechend anwendbar erklärt worden. Darüber hinaus ist der darin enthaltene Grundgedanke (kurzzeitige unfreiwillige Unterbrechung des Besitzes schadet nicht) auch auf § 956 BGB und die Fälle, in denen das HGB fortgesetzten Besitz fordert, zu übertragen 3).
Das Gesetz sagt hier selbst, dass der Besitz wiedererlangt sein muss - und zwar "mittels" der Klage. Die Klage soll also nur die Verurteilung und die darauffolgende (freiwillige oder erzwungene) Herausgabe vorbereiten.

2.35 Wir haben gesehen, dass bei den meisten Ausschlussfristen die Klage in ihrem Bestand als fristwahrende Handlung von dem Urteil abhängt, zu dem sie führt. Wenn es zu keiner sachlichen Entscheidung kommt, hat die Klage die Frist nicht gewahrt. Im Verhältnis zum Ausland bedeutet das: Das Urteil bedarf der Anerkennung. Wie bei der Unterbrechung der Verjährung tritt auch hier wieder die Frage auf: Anerkennung durch welchen Staat?

2.351 Bei den Gestaltungsurteilen ist es der Staat, dessen Recht an das Urteil rechtsgestaltende Wirkungen knüpft; d.h. für uns, die wir von eben diesen Wirkungen im deutschen Recht ausgehen, der deutsche.
Im Falle des § 1965 Abs. 2 BGB muss das Erbrecht dem Nachlassgericht nachgewiesen werden (sei es auf irgend eine andere Weise, sei es durch Urteil). § 1965 ist eine verfahrensrechtliche Vorschrift. Sie wendet sich daher nur an das deutsche

---

1) Anders Mittelstein S. 539: "Das Gesetz verlangt zur Erhaltung des Pfandrechts nur, dass der Vermieter durch rechtzeitiges gerichtliches Vorgehen gegen den Besitzer kundgibt, dass er sein dingliches Recht erhalten will, und hat er das einmal gehörig getan, so ist dem § 561 Abs. 2 S. 2 genügt."
2) Vgl. Kussi S. 60
3) Wolff-Raiser § 71 N. 15

Nachlassgericht. Deshalb muss das Urteil, das auf die Klage ergeht, in welcher der Erbe sein Erbrecht gegen den Fiskus geltend gemacht hat, in Deutschland anerkennungsfähig sein.
In den §§ 864 BGB,12 VVG, 41 KO und 3, 12 AnfG werden Ansprüche zeitlich begrenzt; und zwar aus den gleichen Erwägungen, die sonst zur Einführung von Verjährungsfristen geführt haben. Auch hinsichtlich der Anerkennungsfähigkeit des Urteils kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Unterbrechung der Verjährung verwiesen werden (s. oben 2.154).

2.352 Im Fall des § 940 Abs.2 muss der Besitzer den Besitz "mittels der Klage wiedererlangt" haben. Das heisst entweder, dass der Besitzer ein Urteil auf Herausgabe erwirkt und aus ihm vollstreckt, oder, dass der Beklagte die Sache zwar "freiwillig" herausgibt - aber eben nur mit Rücksicht auf die sonst drohende Vollstreckung 1). Daraus kann man schliessen, dass das Urteil von dem Staat anerkannt werden muss, in dem sich die Sachen, deren Ersitzung begonnen hat, befinden 2).

Abgesehen von der weiteren Frage, auf welchen Zeitpunkt es hierbei ankommt, gibt es für das Auseinanderfallen von "Urteilsstaat" und Belegenheitsstaat mehrere Möglichkeiten:
(1) Das Urteil ergeht im Ausland, die Sache befindet sich nach wie vor im Inland (das ist der eigentliche für uns interessante Fall);
(2) Das Urteil ergeht im Ausland, die Sache befindet sich in einem dritten Staat;
(3) Das Urteil ergeht im Inland, die Sache befindet sich im Ausland (das unsere Urteile nicht anerkennt).

Aus der Behandlung dieses letzten Falles lassen sich auch Rückschlüsse auf unseren Ausgangsfall (1) ziehen.

Das Gesetz stellt für den Normalfall, die im Inland erhobene Klage, nicht auf

---

1) Vgl. Staudinger-Berg § 940 N.2. Kein Urteil verlangt Planck-Brodmann § 940 Anm.2aß
2) Internationalprivatrechtlich entsteht hier kein Problem: Dass die Ersitzung als nicht unterbrochen gilt, besagt, dass die bisherige Ersitzungszeit weiterhin angerechnet wird (§ 942 BGB). Die Ersitzungswirkungen vor dem Statutenwechsel richten sich nach der damaligen lex rei sitae, hier also nach deutschem Recht (Ferid S.28; M.Wolff S.181). Nur die Frage, ob die Zeit des Besitzverlustes in die Ersitzungsfrist eingerechnet wird, ist nach dem - ausländischen - Recht des neuen Belegenheitsstaates zu beurteilen.
Kompliziert ist die Rechtslage allerdings, wenn man mit Raape IPR S.604 und Schnitzer II 578 davon ausgeht, dass nur das Recht des Staates, in dem sich die Ersitzung vollenden soll, darüber entscheiden könne, inwieweit die im Ausland verstrichene Ersitzungszeit angerechnet wird.

den Verbleib der Sache ab. Entscheidend sind allein Klage und Wiedererlangung. Die Klage liegt vor. Der Prozess kann sich lange hinziehen; die Vollstreckung kann auf Hindernisse stossen. Dies alles ändert nichts mehr daran, dass die Ausschlussfrist gewahrt und von da an nicht mehr von Bedeutung ist. Das hängt damit zusammen, dass eine der Voraussetzungen für die Fristwahrung - nämlich die Wiedererlangung - zugleich Voraussetzung der materiellen Wirkung, des Fortgangs der Ersitzung, ist. Erlangt der frühere Besitzer den Besitz nicht wieder, so kann es ihm gleichgültig sein, dass die bisherige Ersitzungszeit nicht in Betracht kommt (§ 942 BGB): Kann er doch ohnehin nicht zu Ende ersitzen.
Eine andere Frage ist, ob es ausreicht, wenn er ihn nach sehr langer Zeit wiedererlangt. Das Gesetz geht für den Normalfall von einer raschen Vollstreckung aus: Die Sache wird dem Schuldner weggenommen (§ 883 Abs. 1 ZPO); wird sie nicht vorgefunden, hat der Schuldner den Offenbarungseid zu leisten (§ 883 Abs. 2 ZPO). Doch es kann ja auch vorkommen, dass der Schuldner selbst nicht auffindbar ist. Überdies ist es in der Wirkung recht unerheblich, ob die Verzögerung zwischen Klage und Urteil oder zwischen Urteil und Vollstreckung eintritt. In beiden Fällen stört die Verzögerung nur, wenn sie die Sicherheit des Rechtsverkehrs und Interessen Dritter beeinträchtigt. Das ist bei der Ersitzung nicht der Fall. Der Eigenbesitzer erwirbt durch den Besitz noch nicht einmal eine Anwartschaft an der Sache 1); er ist vor Beendigung der Ersitzung erst recht nicht Eigentümer. Der Schwebezustand bis zur endgültigen Entscheidung darüber, ob die Ersitzung unterbrochen ist oder als nicht unterbrochen gilt, kann gar nicht mit der Wirkung beendet werden, dass rückwirkend während seiner Dauer der frühere (Ersitzungs-) Besitzer mehr und der spätere Besitzer weniger Rechte an der Sache bekäme. Jener kann demjenigen, der in der Zwischenzeit die Sache gutgläubig erworben hat, nicht den § 935 BGB entgegenhalten, da er selbst erst nach Ablauf der vollen Ersitzungszeit Eigentümer wird (§ 937 Abs. 1) und die Ersitzungszeit zwar während des unfreiwilligen Besitzverlustes weiterläuft, aber dennoch erst mit der Wiedererlangung des Besitzes zu Ende ist (§ 940 Abs. 2). (Wohl kann das aber unter Umständen der wirkliche Eigentümer).

Entsprechendes gilt für ein inzwischen bestelltes Pfandrecht (§§ 1207, 935 BGB). (§ 945 BGB ist hier unanwendbar, da es sich dabei um v o r dem Erwerb des Eigenbesitzes begründete Rechte handeln muss). Überdies können solche Kollisionen zumindest mit Rechten gutgläubiger Dritter, die von dem Besitz der Sache abhängen, nicht eintreten, weil dabei ein circulus vitiosus entstünde: Zur Kollision käme es nur, wenn die Ersitzung vollendet würde, was die Wiedererlangung der Sache auf Grund eines Urteils voraussetzt. Das Urteil wirkt aber, auch bei Veräusserung nach Rechtshängigkeit (§ 325 Abs. 2 ZPO), nur gegen den, der das Recht bestellt hat. Der Dritte (z. B.: Ersitzungsbesitzer A verliert Besitz an B. B verpfändet Sache an gutgläubigen C. A klagt gegen C aus § 1007 Abs. 2 BGB) kann als

---

1) Vgl. Westermann § 5 III 3b; Raiser, S. 14

Pfandgläubiger sich dem Ersitzungsbesitzer gegenüber auf ein Recht zum Besitz berufen (§§ 1007 Abs.3 S.2, 986 Abs.1 S.1, 1207, 932 BGB). Dass dem Ersitzungsbesitzer die Sache abhanden gekommen war, schadet nicht. Anders wäre es allerdings, wenn ursprünglich schon der Eigentümer unfreiwillig den Besitz verloren hätte. Dann hätte C kein Pfandrecht erworben und wäre nicht besser als A zum Besitze berechtigt. Diese Rechtsfolge hätte jedoch mit § 940 Abs.2 nichts zu tun. Dem Ersitzungsbesitzer gegenüber bösgläubige Erwerber sind nicht schutzwürdig.

Auch der Eigentümer der Sache erleidet keine Einbusse dadurch, dass die Ersitzungszeit auch ohne Fortdauer des Besitzes weiterläuft. Aus der - widerleglichen - Vermutung des § 938 BGB wird nur eine Fiktion.

Man wird also sagen dürfen, dass die Ersitzung auch dann als nicht unterbrochen gilt, wenn der Kläger rechtzeitig im Inland geklagt hat, aber zunächst aus seinem Urteil nicht vollstrecken kann, weil sich die Sache im Ausland befindet und dort das Urteil nicht anerkannt wird. Daraus folgt auch, dass der Zeitpunkt der Grenzüberschreitung keine dogmatische Bedeutung hat, sondern dass allein die tatsächliche Rechtsverfolgung durch den Kläger entscheidet.

Die nötige zeitliche Begrenzung wird durch § 218 BGB gewährleistet 1). Nach Ablauf von 30 Jahren ab Rechtskraft braucht sich der Beklagte die Vollstreckung nicht mehr gefallen zu lassen (§ 767 ZPO), selbst wenn sich die Sache jetzt wieder im Inland befindet. Gibt er die Sache trotzdem heraus, so ist sie nicht mehr "mittels der Klage" erlangt.

Diese Regel ist einer Umkehrung und Anwendung auf die Fälle, in denen einer im Inland befindlichen Sache eine im Ausland erhobene Klage gegenübersteht, fähig. Auch hier muss die Klage zu einem Urteil führen, das von dem Staat, in dem sich die herauszugebende Sache befindet (Inland), anerkannt wird. Aber es lässt sich nicht von vornherein ein Zeitpunkt bestimmen, in dem die Anerkennung möglich sein muss. Die Anerkennungsfähigkeit ist hier nicht um ihrer selbst willen Voraussetzung, sondern nur als Mittel zur Vollstreckung, die ihrerseits erst die Rechtswirkung des § 940 Abs.2 herbeiführt. Die Vollstreckung kann aber solange möglich werden, als dem Urteil noch nicht die Einrede der Verjährung (die sich auch bei der Urteilsverjährung nicht nach dem Recht des Urteilsstaates, sondern nach dem Recht beurteilt, dem der zugesprochene Anspruch untersteht 2); bei Klagen auf Herausgabe also nach der lex rei sitae zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vorbehaltlich eines späteren Statutenwechsels) entgegensteht: Die Sache kann aus Deutschland in den Urteilsstaat oder in einen dritten Staat,

---

1) Kussi S.73 will stattdessen, wenn die Vollstreckung nicht betrieben wird, eine neue Jahresfrist beginnen lassen.

2) Frankenstein I, S.600

der dessen Entscheidungen anerkennt, gelangen; die Gegenseitigkeit kann auf Grund neuer Übung verbürgt sein.

2.353 Auch im Fall des § 955 BGB, dessen Abs.3 die Vorschrift des § 940 Abs.2 für entsprechend anwendbar erklärt, muss das Urteil, das dem bisherigen Besitzer wieder den Besitz an der Muttersache 1) verschaffen soll, dort anerkannt werden und vollstreckbar sein, wo diese sich befindet. Gleichfalls wird man hier abwarten müssen, ob während einer Schwebezeit von 30 Jahren ab formeller Rechtskraft des Urteils dieser Fall eintritt.

Die Interessen Dritter sind dabei aus folgenden Gründen ausreichend geschützt (Ausgangsfall: Die Muttersache wird dem gutgläubigen Eigenbesitzer in Deutschland gestohlen und hier belassen; der Besitzer klagt im Ausland gegen den Dieb auf Herausgabe der Muttersache):

Nach Wolff-Raiser 2) herrscht während des unfreiwilligen Besitzverlustes ein Schwebezustand. Die während dieser Zeit getrennten Früchte fallen zunächst in das Eigentum des Eigentümers der Muttersache (§ 953) oder des dinglich Nutzungsberechtigten (§ 954). Sobald der frühere Besitzer die Muttersache wiedererlangt, verlieren sie jedoch rückwirkend das Eigentum an den Früchten an ihn.

Das tatsächliche Schicksal der Früchte während der Schwebezeit kann unterschiedlich sein:

(1) Der Sacheigentümer oder der dinglich Nutzungsberechtigte gelangt in den Besitz der Früchte und veräussert sie: Eigentumserwerb nach § 929 oder § 930. Ebenso bei Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Dieb 3). Der spätere rückwirkende Eigentumsübergang auf den früheren Besitzer der Muttersache ändert daran nichts, denn im Zeitpunkt der Veräusserung war der Veräusserer Eigentümer.

(2) Der Dieb trennt selbst die Frucht (die dadurch Eigentum des Eigentümers der

---

1) Johannsen in RGRKomm § 955 Anm.12; a.A. Westermann § 57 II 3 b) cc), der "Wiedererlangung" des Besitzes an den Früchten verlangt. Nach Wolff-Raiser § 77 N.11 genügt eines von beiden.

2) § 77 III 3, ebenso Johannsen in RGRKomm § 955 Anm.12; abweichend Westermann § 57 II 3 b) cc) und Planck-Brodmann § 955 Anm.7, die, soweit erkennbar, keine Rückwirkung annehmen.

3) Gleichgültig, ob man mit Planck-Brodmann § 931 Anm.3a und Palandt-Hoche § 931 Anm.3a gegen Wolff-Raiser § 67 II, Westermann § 41 II 4, Soergel-Oechssler § 931 N.4 annimmt, bei § 931 werde nicht der persönliche, sondern der dingliche Herausgabeanspruch abgetreten. Denn es ist jedenfalls unstreitig, dass auch die Übereignung abhanden gekommener Sachen nach § 931 möglich ist.

Muttersache oder des dinglich Berechtigten wird: §§ 955 Abs.1 S.2, 953, 954) und veräussert sie an einen gutgläubigen Dritten: Dieser erwirbt nach § 932 Eigentum, es sei denn, die Muttersache wäre ihrem Eigentümer oder dem dinglich Nutzungsberechtigten von Anfang an abhanden gekommen und die Frucht damals schon als Bestandteil vorhanden gewesen. In diesem äusserst seltenen Fall würde § 935 eingreifen 1). Die Stellung des Käufers wäre aber auch nicht günstiger, wenn er die Frucht von dem bestohlenen Eigenbesitzer erworben hätte.

(3) Der Dieb gibt die Muttersache einem gutgläubigen Käufer, bei dem dann die Frucht entsteht: Der Käufer erwirbt sie als gegenwärtiger redlicher Besitzer. § 955 Abs.3 schliesst nur den Eigentumserwerb aus §§ 953, 954 aus, nicht den aus § 955 Abs.1 oder 2 2).

2.354 Beim gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters, Herbergswirts und Frachtführers liegt die Problematik ähnlich. Hier wahrt die Herausgabeklage aus dem Pfandrecht, die auch gegen dritte Besitzer wirkt 3), deshalb die Ausschlussfrist, weil sie der erste Schritt zur Herbeiführung eines dem Pfandrecht entsprechenden Besitzstandes ist. Zum Auseinanderfallen von Urteilsstaat und Aufenthaltsort der "Pfandsache", des Vollstreckungsobjekts (vgl. § 883 ZPO), kann es auf verschiedene Weise kommen: Sei es, dass der Pfandgläubiger im Ausland klagt, obwohl sich die Sache im Inland befindet; sei es, dass die Klage zwar im Inland erhoben wird, der Besitzer die Sache aber entweder schon vor Klageerhebung oder während des Prozesses oder gar erst nach Rechtskraft des Urteils ins Ausland schafft 4).

Die Frage ist auch hier wieder: Wenn die Klage irgendwo vor Ablauf der Ausschlussfrist erhoben wurde, innerhalb welchen Zeitraumes muss der Pfandgläubiger dann den Besitz an der Pfandsache erlangen, damit das Pfandrecht nicht erlischt? 5). Entgegen § 940 Abs.2 macht § 561 Abs.2 BGB nicht zur Voraussetzung, dass die Sache "mittels der Klage wiedererlangt" sein müsste. Das hat seinen guten Grund. Nach Entfernung der Sache aus dem Zugriffsbereich des Pfandgläubi-

---

1) Vgl. die Nachweise bei Westermann § 57 II 3c
2) Vgl. Wolff-Raiser § 77 III 3, Westermann § 57 II 3 b) cc), Planck-Brodmann § 955 Anm.7 gegen Soergel-Oechssler § 955 N.4
3) Vgl. Mittelstein S.536
4) Nach deutschem IPR besteht auch nach Statutenwechsel das auf Grund der früheren lex rei sitae entstandene Pfandrecht fort (vgl. Kegel Lb S.230), es sei denn, dass nach der neuen lex rei sitae kein besitzloses Pfandrecht bestehen kann (vgl. Wolff-Raiser § 178). Letztere Möglichkeit wollen wir hier der Einfachheit halber ausschliessen.
5) Kussi S.73 lässt auch hier von der letzten Prozesshandlung an eine neue Ausschlussfrist laufen.

gers tritt kein Schwebezustand (wie bei §§ 940 Abs.2 und 955) ein: Das Pfandrecht dauert unverändert fort. Es kann nur nicht ausgeübt, das Pfand kann nicht verwertet werden. Denn dazu müsste der Pfandgläubiger es im Besitz haben (vgl. §§ 1257, 1228 Abs.1, 1231, 1233, 1235 BGB). Es genügt aber, wenn er den Besitz auf irgend eine zufällige Weise erlangt. Deswegen lässt sich die Zeit, in der dies geschehen kann, auch nicht über § 218 BGB auf 30 Jahre begrenzen (z.B. der Gast leiht die Sache einem Freund, der mit ihr später im gleichen Gasthof absteigt: Das alte Pfandrecht des Herbergswirts dauert fort und kann jetzt tatsächlich ausgeübt werden, auch wenn der Freund seine eigene Zeche bezahlt).

Wenn ein solcher Fall eintritt und der "Pfandgläubiger" sein Pfandrecht ausüben will, könnte er das wohl nur, wenn er entweder den Besitz innerhalb der Ausschlussfrist wiedererlangt, oder wenn zu dem später erlangten Besitz als weiteres Tatbestandsmerkmal eine rechtzeitig erhobene Klage hinzutritt, die zu einem Urteil geführt hat oder voraussichtlich führen wird, das in dem Staat, in welchem sich die Sache nun befindet, anerkannt wird und dort gegebenenfalls auch als Grundlage der Zwangsvollstreckung dienen kann.

Die Interessen des Rechtsverkehrs sind durch §§ 936 und 1208 BGB ausreichend geschützt. Insbesondere wird der spätere Vermieter, zu dem der Mieter mit den fortgeschafften Sachen gezogen ist 1), nicht geschädigt. Von ihm kann der frühere Vermieter die Herausgabe der Sachen nur erzwingen, wenn das dazu verurteilende Urteil anerkannt wird. Wenn dies kurze Zeit nach dem Umzug nicht möglich ist, ist kaum anzunehmen, dass sich daran im Laufe der Zeit viel ändern wird. Der neue Vermieter braucht deshalb nicht zu befürchten, dass seinem Pfandrecht dasjenige des früheren Vermieters noch nach längerer Zeit vorgehen wird als es bei einer im Inland erhobenen Klage der Fall wäre.

2.36 Wie bei der Unterbrechung der Verjährung stellt sich nun die Frage, ob die im Ausland erhobene Klage, die zu einem im Inland nicht anerkennungsfähigen Urteil geführt hat, die Frist nicht wenigstens bedingt wahrt - für den Fall, dass innerhalb einer bestimmten Zeitspanne im Inland von neuem geklagt wird. Mit anderen Worten: Ist § 212 Abs.2 BGB auf Ausschlussfristen entsprechend (in doppelter Beziehung: Ausschlussfristen statt Verjährungsfristen; ausländische Klage statt unzulässiger inländischer) anwendbar?

2.361 Dieser Meinung sind - für die inländische unzulässige Klage - Hellwig 2) und Kussi 3), beide mit der Begründung, aus § 212 Abs.2 sei ein allgemeiner

---

1) Ihn will § 561 Abs.2 S.2 vornehmlich schützen: Mugdan II S.860.

2) DJZ 1903, 284 (286), Lb III S.294, 304

3) S.81, 84

Rechtsgedanke zu entnehmen, dass nämlich die zur Wahrung eines Rechts geschehene Klagerhebung dem Berechtigten mit zeitlicher Beschränkung (6 Monate) dann zugute kommen solle, wenn wegen der Wahl eines unzuständigen Gerichts oder aus anderen dergleichen Missgriffen in der Form die fristgerecht erhobene Klage nicht zum Ziel führen kann. Ebenso Jaeger 1), weil § 212 Abs. 2 die grundsätzliche Erwägung zum Ausdruck gebracht habe, dass auch in der Klage zum unzuständigen Gericht eine rechtsförmliche Anspruchserhebung liege, die bei baldiger Abstellung des Mangels durch ordnungsmässige Neuklage zur Fristwahrung ausreiche. Dagegen lehnen Endemann 2), Oertmann 3) und Soergel-Siebert 4) eine entsprechende Anwendung des § 212 Abs. 2 auf Ausschlussfristen ab. Ebenso hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung 5) entschieden. In diesen zur Konkursanfechtung ergangenen Urteilen war ein Hauptargument der Umkehrschluss aus § 41 Abs. 1 S. 2 KO, wo zwar auf § 203 Abs. 2 und § 207, nicht jedoch auf § 212 BGB verwiesen ist. Darüber hinaus stellt das Reichsgericht aber fest, dass zur Wahrung der Frist durch Klage der Natur der Sache nach erforderlich ist, dass sich die Klage als geeignet erweist, zu einer sachlichen Entscheidung über den Anspruch zu führen. Werde nach einem misslungenen Versuch (Klage bei einem unzuständigen Gericht) der Anspruch von neuem, und diesmal in zulässiger Weise, geltend gemacht, so sei für die Fristwahrung lediglich der Zeitpunkt entscheidend, in welchem die neue Klage rechtshängig geworden ist 6).

Wird zunächst bei einem örtlich unzuständigen Gericht geklagt und der Rechtsstreit nach Ablauf der Ausschlussfrist gem. § 276 ZPO an das zuständige Gericht verwiesen, so soll die Frist dennoch nicht gewahrt sein 7). Derselbe (VII.) Senat des Reichsgerichts hat dann allerdings in der Entscheidung RGZ 93, 312, die ebenso wie die vorgenannte in Bd. 92 zu § 30 des preussischen Enteignungsgesetzes vom 11. 6. 1874 ergangen ist, festgestellt, dass die Frist auch durch Klage zu einem sachlich unzuständigen Gericht gewahrt wird, wenn der Rechtsstreit später, also auch nach Ablauf der Ausschlussfrist an das sachlich zuständige Gericht verwiesen wird 8).

---

1) LZ 1912, 204; JW 1916, 1335; Jaeger AnfG § 12 Anm. 6; Jaeger-Lent § 41 Anm. 3a
2) § 90 Anm. 2
3) AT § 212 Anm. 3
4) § 212 N. 7
5) Recht 1908, 2. Halbband, S. 79, Nr. 460; RGZ 88, 294; 132, 286; ferner OLG Jena LZ 1912, 204; KG OLGRspr. 35, 251
6) RGZ 88, 294 = JW 1916, 1335 mit ablehnender Anmerkung von Jaeger
7) RG JW 1917, 231; RG Recht 1919, 1515; RGZ 92, 40: Urteile, die sich mit Vorschriften befassen, nach denen ein ausschliesslicher Gerichtsstand gegeben ist. Auf diesen Gesichtspunkt weist auch RGZ 114, 122 (126) hin.
8) Ebenso RGZ 94, 133; 114, 122 (126); 149, 9; 151, 233; OLG Breslau JW 1929 S. 870 Nr. 6

Während also das RG darauf abzustellen schien, ob die Zuständigkeit eine ausschliessliche ist oder nicht 1), hat der BGH, soweit ersichtlich, dieses Unterscheidungsmerkmal fallengelassen und hält allgemein Ausschlussfristen durch Klage zum unzuständigen Gericht und anschliessende Verweisung für gewahrt 2).
Den ersten Schritt in dieser Richtung hatte schon RGZ 151, 233 (237) gemacht. Dort wird ausgeführt, dass die Rechtsnatur der Ausschlussfristen durch verfahrensrechtliche Bestimmungen nicht betroffen werde und daher die Wirkungen der Verweisung auch beim Vorliegen der ausschliesslichen Zuständigkeit eines anderen Gerichts zu beachten seien, sofern diese in der Prozessordnung ihre Grundlage finde.
Anders soll es nur sein, wenn die "ausschliessliche Zuständigkeit" nicht bloss verfahrens- sondern auch materiellrechtliche Bedeutung hat, d.h. wenn das materielle Recht vorschreibt, dass der Gläubiger sich an ein bestimmtes Gericht zu wenden habe. Das RG hat letzteres im Fall des § 30 pr. EnteignungsG angenommen.
Nach der heutigen Rechtlage ist zudem die Parallele zu der gesetzlich geregelten Rechtswegverweisung von Bedeutung (vgl. § 17 Abs. 3 Satz 4 GVG i.d.F.d. § 178 VwGO; §§ 41 Abs. 3 Satz 4 und 180 VwGO; § 48a Abs. 3, S. 4 ArbGG; § 52 Abs. 3, S. 4 SGG).

2.362 Wenn man angesichts so weit auseinanderklaffender Meinungen der Lösung des Problems näher kommen will, muss man sich folgendes vor Augen führen:

2.362.1 Zwischen Unterbrechung der Verjährung und Wahrung einer Ausschlussfrist bestehen wesentliche Unterschiede. Es mag zwar sein, dass Verjährungs- und Ausschlussfristen beide Mittel zum selben Zweck - Rechtssicherheit - sind. Aber während der Akt, welcher die Verjährungsfrist "wahrt" (Geltendmachung des verjährenden Anspruchs mittels Klage oder einer ihr gleichwertigen Handlung) zugleich den Lauf der Frist beeinflusst, indem er ihn neu beginnen lässt, hat der die Ausschlussfrist wahrende Akt keine solche Nebenwirkung. Das Ende der Ausschlussfrist steht, von etwaiger Hemmung abgesehen, von Anfang an endgültig fest 3). Die Verjährung wird, wie ausgeführt, zunächst auch durch eine prozessual mangelhafte Klage unterbrochen. Der Eintritt der Unterbrechungswirkung ist der Grundsatz, auf

---

1) S. a. Rosenberg § 38 II 2e; abweichend aber RG JW 1937, 1058
2) BGH NJW 1953, 1139; BGHZ 34, 230 (235) - hier allerdings noch mit ausdrücklichem Hinweis darauf, dass keine ausschliessliche Zuständigkeit gegeben sei - bei örtlicher Unzuständigkeit. BGH NJW 1961, 2259 mit ausführlicher Begründung und Würdigung der bisherigen Rechtsprechung bei sachlicher Unzuständigkeit.
   Ebenso StJSchP § 276 Anm. IV 2, Wieczorek § 276 Anm. B IVb 1, Jaeger-Lent § 41 Anm. 3a
3) Vgl. Staudinger-Coing Vorbem. vor § 194 N. 3: "Die Ausschlussfrist ist im BGB grundsätzlich ein tempus continuum". S. a. Rabel III S. 487

dem § 212 Abs. 1 BGB aufbaut. Demgegenüber wahrt eine prozessual mangelhafte Klage die Ausschlussfrist nicht - auch nicht vorübergehend. Der Rechtsgedanke des § 212 Abs. 1 BGB ist hier die Regel.

Dieser Unterschied hängt damit zusammen, dass, während bei der Verjährung die Klageerhebung selbständige materiellrechtliche Wirkungen (Unterbrechung der Verjährung, § 217 BGB) hat, bei Ausschlussfristen das materiell allein entscheidende Merkmal das Urteil, oder gar erst die Vollstreckung ist. Der Erhebung der Klage kommt dabei bloss prozessuale Bedeutung zu, indem sie nämlich die Rechtshängigkeit des Anspruchs bewirkt und den ersten Schritt auf dem Wege zum Urteil darstellt. Wenn es heisst, die Erhebung der Klage "wahre die Frist", so besagt dies nicht mehr, als dass bei der zeitlichen Fixierung des Prozesses in den Fällen, in welchen eine bestimmte Frist vorgeschrieben ist, (nicht auf das Urteil sondern) auf den Zeitpunkt der Klageerhebung abgestellt wird. Diese ist dabei nichts weiter als ein Anknüpfungspunkt, der deshalb gewählt wurde, weil er der einzige ist, auf den der Kläger Einfluss hat 1).

2.362.2 Diese Auffassung, dass die Klageerhebung bei Rechten, die innerhalb einer bestimmten Frist durch Klage geltend gemacht werden müssen, kein Eigenleben führe, ist nicht unbestritten. Auf dem Gebiet der "Anfechtungsrechte", die nicht durch einfache Willenserklärung, sondern durch Klage auszuüben sind (also §§ 1599 n.F., 2342 BGB, § 197 AktG, § 51 GenG, bis 1938 auch § 1341 BGB), ging in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten des BGB die herrschende Meinung dahin, dass die Erhebung der Anfechtungsklage einen doppelten Charakter habe. Sie sei einerseits Anfechtungsakt und insoweit rechtsgeschäftlicher Natur, andererseits prozessualer Akt der Anhängigmachung des Prozesses. Das Urteil ist nach einigen Gestaltungsurteil, nach anderen nur ein Feststellungsurteil, welches feststellt, dass die Anfechtung richtig geschehen und das angefochtene Rechtsgeschäft bzw. Rechtsverhältnis hiernach nichtig ist.
Diese Meinung vertreten schon die Motive 2), Kisch 3), Oertmann 4), Kohler 5), Hölder 6), Balogh 7), Seckel 8) und Hellwig 9); für die frühere Eheanfechtungs-

---

1) Die §§ 261 b III, 496 III ZPO sind nur die letzte Folgerung daraus.
2) Bd. IV S. 85, 662
3) S. 102
4) AT Vorbem. § 194 Anm. D 4
5) in ZZP 29, 20, der allerdings auf S. 19 schreibt: "... die Klage ist nur bedeutungsvoll als Beginn des Prozessverhältnisses, das mit dem Urteil schliesst."
6) ZZP 29, 50 ff (S. 68 f.)
7) S. 136
8) S. 239-250
9) Anspruch S. 467 ff. Einerseits: "Die Klagerhebung ist zugleich Ausübung des materiellen Gestaltungsrechts und das Verlangen an das Gericht, dass es die

klage Staudinger-Engelmann 1), Planck-Unzner 2), Wolff 3) und Zitelmann 4); für die Ehelichkeitsanfechtungsklage Staudinger-Engelmann 5) und Kipp 6).

Die Gegenmeinung hat zur Folge, dass grundsätzlich das weitere Schicksal des Prozesses auf die Klage in ihrer Bedeutung als Anfechtungserklärung keinen Einfluss hat. Die Frist ist durch die rechtzeitig eingereichte Klage ein für allemal gewahrt worden, selbst wenn diese später durch Prozessurteil abgewiesen wird 7). Zwar ist ohne Sachurteil die Anfechtung nach aussen hin noch nicht wirksam (§ 2342 Abs.2; sie kann "nicht geltend gemacht werden", § 1593 BGB), aber die neue Klage baut auf der in der ersten Klage enthaltenen Anfechtung auf, ist also an keine Frist mehr gebunden 8). Vor diesem Hintergrund versteht man die Vorschrift des § 1599 Abs.3 n.F. 9) die aus dem § 1596 a.F. weiter übernommen wurde, jedoch im Grunde, wie noch zu zeigen sein wird, überflüssig ist 10). Daraus erklären sich aber auch die Schwierigkeiten, die sich aus der engen Fassung dieser Ausnahmevorschrift (nur bei Klagerücknahme) für die o.a. Autoren ergeben, wenn die Klage als unzulässig abgewiesen wird. Einige wollen hier § 212 Abs.1 analog anwenden 11); Andere kommen zu kühnen Konstruktionen 12).

Schon die Grundanschauung, auf der diese Folgerungen beruhen, ist abzulehnen. Auch die auf Anfechtungsklagen hin ergehenden Urteile sind Gestaltungsurteile 13).

Fortsetzung der Anmerkung 9), Seite 43:
Rechtsänderung vollzieht"; andererseits: "Die Klagerhebung führt die Rechtsänderung noch nicht herbei. Sie hat materiell noch keine Bedeutung".

1) § 1341 Anm.1b
2) § 1341 Anm.2
3) in Kipp-Wolff, Fam.R. § 27 II 1
4) ZumRecht der Eheanfechtung, Festgabe für Bekker (1907), S.146
5) § 1596 Anm.2
6) in Kipp-Wolff, a.a.O. § 75 VII 3a
7) Vgl. Kipp a.a.O. § 75 VII 3a
8) so Kipp a.a.O.
9) Da die Klage eine doppelte Bedeutung hat, und die Klagerücknahme an sich ein rein prozessualer Akt ist, der die Klage als rechtsgeschäftliche Willenserklärung daher unberührt lassen müsste, bedurfte es des Ausspruches im Gesetz, dass zugleich mit den prozessualen auch die materiellrechtlichen Wirkungen der Klage wegfallen sollten.
10) Ähnlich auch Hellwig Anspruch S.470
11) Planck-Unzner § 1341 Anm.2; Wolff a.a.O. § 27 IV 3
12) Vgl. Zitelmann a.a.O. S.157 ff., 167 ff.
13) Vgl. Boehmer I S.124; Hellwig Anspruch S.467 ff.; Balogh S.146; Rosenberg § 87 II 2a; für die Ehelichkeitsanfechtungsklage Kuttner Urteilswirkungen S.27 N.3; für § 2342 BGB Staudinger-Ferid N.9; Kipp-Coing § 3 III 4

Bei den Gestaltungsurteilen hat die Klage, wie Kisch 1) überzeugend dargelegt hat, nur prozessuale Bedeutung; sie enthält keinen zivilrechtlichen Akt, der seinerseits für die Rechtsänderung massgeblich wäre. Durch das privatrechtliche Anfechtungsrecht gegenüber dem Anfechtungsgegner unterscheiden sich die auf Anfechtungsklage ergehenden Urteile nicht von den übrigen konstitutiven Urteile. Auch bei diesen ist Streitgegenstand ein materiell (privat)rechtliches Recht auf Rechtsänderung 2).

Wird die Anfechtungsklage zurückgenommen, so kann es nicht zu dem allein entscheidenden Gestaltungsurteil kommen. Dass unter diesen Umständen die Klage keine materiellrechtliche Wirkung hat, ergibt sich schon aus der Vorschrift, dass die Wirksamkeit der Anfechtung einen rechtskräftigen Ausspruch des Gerichts voraussetzt. Ausser in § 1596 Abs. 2 a.F. BGB hat der Gesetzgeber sich auch in keinem der entsprechenden Fälle über die Wirkung der Klagerücknahme auf die "Anfechtung" ausgesprochen: weder in § 2342 BGB, noch in § 24 EheG, § 199 AktG oder § 51 GenG.

Der neue § 1599 Abs. 3 i.d.F. des Familienrechtsänderungsgesetzes vom 18.11.1961 ist ebenfalls nicht als neue Stellungnahme des Gesetzgebers zu den hier streitigen dogmatischen Fragen anzusehen. Die Begründung des Entwurfes 3) beschränkt sich insoweit auf den Hinweis, § 1598 Abs. 3 des Entwurfes - der dann als § 1599 Abs. 3 in das BGB eingefügt worden ist - entspreche dem § 1596 Abs. 2 BGB a.F., der für den Fall der Zurücknahme der Klage bestimme, dass die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen sei; der Entwurf sehe die gleiche Rechtsfolge für den Fall vor, dass der Antrag beim Vormundschaftsgericht zurückgenommen werde.

Umgekehrt ist es auch kein "Bruch der Einheit des Rechts" 4), wenn man die Klage anders behandelt als die Anfechtungserklärung nach § 143 BGB. Bis zu dieser war das Rechtsgeschäft wirksam - nur anfechtbar - und wurde erst durch die Anfechtung rückwirkend vernichtet (§ 142 BGB). Hingegen ist schon vor der Klageerhebung das Kind, dessen Abstammung vom Ehemann offenbar unmöglich ist, unehelich (§ 1591 Abs. 1 S. 2 BGB); erbunwürdig ist schon, wer die Voraussetzungen des § 2339 BGB erfüllt. Diese Rechtsfolgen können nur vor Erlass des Urteils nicht "geltend gemacht werden". Die Klage verhilft hier also, wenn man so sagen kann, der Nichtigkeit

---

1) S. 68 ff. Ebenso v. Tuhr I S. 162, II 1 S. 157, Nussbaum Prozesshandlungen S. 57 f., Niese S. 35. Allerdings soll hier nicht verschwiegen werden, dass Kisch für die von ihm sog. "auslösenden Urteile", also die Gruppe, um die es sich hier handelt, selbst eine Doppelfunktion der Klage annimmt (S. 102).

2) Rosenberg § 87 I 2, 3; Hellwig Lb I S. 393 f., 237; de Boor S. 272; Lent ZZP 66, 270; Kuttner Nebenwirkungen, S. 8, 56, 62 f. A.A. Seckel S. 249; StJSchP vor § 253 N. 33; Langheineken S. 220, 227

3) Bundestagsdrucksache Nr. 530, 3. Wahlperiode, S. 16

4) Kohler S. 20

zur Wirksamkeit, während es bei der Anfechtungserklärung umgekehrt ist.

Die Erhebung der Klage hat auch nicht etwa die Bedeutung, dass das Urteil auf diesen Zeitpunkt zurückwirkt 1). Die Rückwirkung reicht vielmehr bis zur Entstehung des Rechtsverhältnisses zurück 2).
Man könnte eventuell daran denken, dass die vorprozessualen Tatsachen, die das Gestaltungsrecht erzeugt haben, als weiteres Tatbestandsmerkmal der Rechtsänderung neben das Urteil treten 3). Allerdings überdeckt die Rechtskraft des Urteils auch etwaige Mängel der "Anfechtungsgründe" 4). Ausserdem ändert diese Frage nichts daran, dass jedenfalls die Klage kein Tatbestandsteil ist.

2.362.3 Auch bei den Gestaltungs- und insbesondere den Anfechtungsklagen wahrt somit die Klageerhebung die Frist nur für den damit in Gang gebrachten Prozess; denn sie hat nur für diesen (prozessuale) Bedeutung. Dies gilt ebenfalls für die befristeten Ansprüche, vor allem für § 41 KO. Diese Vorschrift enthielt ursprünglich eine Verjährungsfrist 5), die der Gesetzgeber erst später, das Wesen des Rückforderungsrechts des Konkursverwalters verkennend,in eine Ausschlussfrist umwandelte. Ungeachtet dieses Irrtums sind wir jetzt an die gesetzliche Regelung gebunden, zumal sie nicht systemwidrig ist, da auch an anderen Stellen befristete Ansprüche vorkommen, die durch Klage ausgeübt werden müssen.

Wir haben festgestellt, dass bei den Ausschlussfristen ein dem § 212 Abs.1 BGB inhaltlich entsprechender Grundsatz (nicht bloss als Fiktion) gilt. Einer entsprechenden Anwendung des Absatz 1 dieser Vorschrift bedarf es deshalb nicht. Da aber Abs.2 des § 212 nur eine Milderung in den Fällen des Abs.1 vorsieht, ist er unanwendbar, soweit schon dieser Absatz weder unmittelbar noch entsprechend der Entscheidung zugrundegelegt wird.
Dieses Ergebnis, dass schon ein kleiner nicht mehr heilbarer prozessualer Missgriff die Geltendmachung des Rechts für immer ausschliesst, mag zwar bisweilen hart sein; es wird jedoch der Strenge der Ausschlussfristen gerecht.

---

1) Dagegen auch Hellwig LB I S.235, Anspruch S.467 N.43
2) Vgl. Rosenberg a.a.O.; Staudinger-Ferid a.a.O.; Balogh S.138. Allerdings gelten hierfür gewisse Ausnahmen: Vgl. Boehmer I S.122 ff.. Vereinzelt werden dogmatische Bedenken gegen die rückwirkende Beseitigung von Rechtswirkungen vorgebracht (vgl. Kisch S.90, 96 f; Kohler S.20 f.). Allein man kann hier weniger von Rückwirkung sprechen als bei § 142 BGB.
3) Z.B. die offenbare Unmöglichkeit der Empfängnis (§ 1591 Abs.1 S.2); die Erbunwürdigkeitsgründe des § 2339 BGB; die Anfechtungsgründe der §§ 197 AktG, 51 GenG. So vor allem Balogh S.137, 147.
4) Vgl. Hellwig System I S.275, 775; Nussbaum Prozesshandlungen S.57
5) Vgl. Jaeger LZ 1912, 204; JW 1916, 1335; Jaeger-Lent § 41 Anm.2

2.362.4 Abschliessend ist hinsichtlich des uns hier beschäftigenden engeren Fragenkreises festzuhalten, dass die im Ausland erhobene Klage nur dann fristwahrend wirkt, wenn das über sie entscheidende Urteil in Inland anerkannt wird. Wird es nicht anerkennt, so kann eine neue Klage im Inland nur dann rechtzeitig erhoben werden, wenn die ursprüngliche Frist noch nicht verstrichen ist. Ist das Urteil jedoch anzuerkennen, so stellt sich für uns die Frage, ob die Klage auch rechtzeitig erhoben wurde, nur bei den gesetzlichen Pfandrechten des Vermieters, Frachtführers usw. und bei § 940 Abs.2 BGB. In den anderen Fällen hat das (der Klage stattgebende) Urteil implicite schon die Fristwahrung bejaht. Zugleich hat es auch das befristete Recht verwirklicht, so dass, sobald es vorliegt, kein Anlass (und auch keine Möglichkeit) zu einer erneuten Prüfung, ob das Recht nicht schon erloschen war, besteht: So bei den Gestaltungsrechten, dem Erbrecht im Verhältnis zum Fiskus (§ 1965 Abs.2 BGB), den Besitzschutzansprüchen (§§ 861, 862, 864 BGB), den Rückforderungsansprüchen der §§ 37, 41 KO, 7, 12 AnfG und dem Anspruch des Versicherungsnehmers (§ 12 VVG).

Die gesetzlichen Pfandrechte der §§ 559 BGB, 440, 623 HGB, 26 BSchG können zwar nur dann mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn sie nicht schon durch Fristversäumnis erloschen sind; die Verurteilung zur Herausgabe der "Pfandsache" schliesst jedoch eine neue Prüfung mit dem Erfolg, dass das Pfandrecht längst durch Fristablauf erloschen war, nicht aus, da die Rechtskraft nur die Pflicht zur Herausgabe, nicht aber das präjudizielle Rechtsverhältnis (Pfandrecht) umfasst 1).

Bei § 940 Abs.2 BGB ist Klaggrund nicht die begonnene Ersitzung, sondern allein der tatsächliche Besitz (§ 1007 Abs.2 BGB), der auch durch die Unterbrechung der Ersitzung nicht "erlischt".

Eine andere - wohl zu verneinende - Frage ist freilich, ob der Anerkennung des Urteils der Umstand entgegensteht, dass das ausländische Gericht bei seiner Entscheidung den Fristablauf nicht berücksichtigt hat.

---

1) Vgl. Rosenberg § 150 II 1

2.4 Haftungssteigerung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Die §§ 987, 989, 994 Abs.2, 996 BGB, auf die in den §§ 292, 818 Abs.4, 1007 Abs.3, 1065, 1227, 2023 BGB, § 11 ErbbRVO, Art.68 Abs.2 EGBGB verwiesen wird, verschlechtern die Rechtsstellung des zur Herausgabe einer Sache Verpflichteten vom Eintritt der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs an in verschiedener Hinsicht:
Der Verpflichtete hat die Nutzungen herauszugeben, die er später zieht, und Schadensersatz für die Nutzungen zu leisten, die zu ziehen er schuldhaft unterlässt;

er haftet dem Gläubiger für den Schaden, der dadurch entsteht, dass infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann;
er kann nur notwendige Verwendungen auf die Sache, und auch sie nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen.

Auch hier stellt sich die Frage, ob die Haftungsverschärfungen ebenfalls eintreten, wenn die Klage im Ausland erhoben wird. Riezler 1), Frankenstein 2), Nussbaum 3) und Raape 4) bejahen dies nur unter der Voraussetzung, dass das Urteil im Inland anerkannt wird.

2.41 Damit die §§ 987 ff. Anwendung finden, müssen nach unserem IPR insoweit deutsche Sachnormen massgeblich sein. Über den Anknüpfungspunkt bei Nebenansprüchen aus dem Eigentum herrscht Streit: Nach Raape 5) und Zitelmann 6) gilt auch hier die lex rei sitae, soweit das Eigentum nicht "in rein deliktischer Weise" verletzt worden ist. Frankenstein 7), M.Wolff 8) und Wolff-Raiser 9) unterscheiden: nicht alle aus dem Eigentum erwachsenden Ansprüche sind dinglicher Natur, sondern nur der auf Nutzungen, an denen der Besitzer kein Eigentum erlangt hat. Nur insoweit entscheidet die lex rei sitae. Alle anderen Nebenansprüche sind obligatorischer Natur und unterstehen nach Frankensteins Axiom dem Heimatrecht des Verpflichteten, während Wolff-Raiser für die Nutzungen, an denen der Besitzer

---

1) IZPR S.463
2) Bd.I S.372
3) DIPR S.429 N.3
4) IPR S.502
5) IPR S.600
6) Bd.II S.239 f., 264, 306, 365, 471. Dieser allerdings nur auf dem Umweg über das Personalstatut des Beklagten.
7) Bd.II S.30 f.
8) S.179
9) S.368

Eigentum erworben hat, auf den Ort der Fruchtziehung, für die Ansprüche wegen Schadenszufügung auf den Ort der Schädigung abstellen. Der deliktische Charakter dieser Handlungen wird also stärker betont. Im Ergebnis führt auch Wolff-Raisers These wieder zu lex rei sitae, denn die Sache kann nur dort beschädigt oder vernichtet werden und sie kann nur dort Nutzungen hervorbringen, wo sie sich gerade befindet. Es ist in unserem Zusammenhang umso unerheblicher, welcher Meinung der Vorzug gebührt, als auch nach Frankenstein 1) und Raape 2) für die Anknüpfung der Zeitpunkt der Schädigung bzw. Fruchtziehung entscheidet und späterer Statutenwechsel ohne Bedeutung ist. Nach M.Wolff 3) ändert sich im Geltungsbereich der lex rei sitae der Rechtsschutz mit der Ortsveränderung auch dann, wenn diese erst während des Prozesses vorgenommen wird. D.h., es kommt auf die Belegenheit im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an. Doch gehen überall die durch Klageerhebung entstandenen Rechte bei nachträglicher Ortsveränderung nicht unter.

Die Sache, auf deren Herausgabe der Gläubiger Anspruch hat, muss sich also in dem entscheidenden Zeitpunkt - in dem die Sache verschlechtert wird, Nutzungen gezogen oder Verwendungen gemacht werden - im Inland befinden, damit die Ansprüche aus §§ 987 ff. BGB entstehen können.

Die Klage, die, wie wir annehmen wollen, im Ausland erhoben wird, muss ursprünglich immer auf Herausgabe, den Hauptanspruch, gerichtet sein. Die Verschlechterung etc. soll ja gerade erst nach Rechtshängigkeit eintreten. Allerdings wird die Klage später möglicherweise auf Schadensersatz umgestellt 4) oder um den Anspruch auf Nutzungen erweitert, falls das ausländische Prozessrecht dem § 268 Nr.2, 3 ZPO entsprechende Vorschriften enthält oder sonst die Klageänderung zulässt. Die Verwendungsansprüche müssen allerdings in einer eigenen Klage (u.U. Widerklage) geltend gemacht werden. Darauf kommt es hier aber nicht an; für unsere Zwecke ist die ursprüngliche Herausgabeklage allein entscheidend. Sie ist es, welche die Nebenansprüche in der in §§ 987 ff. geregelten Form hervorbringt.

2.42 Daneben kennt das Gesetz noch einen anderen Tatbestand für die Entstehung dieser Nebenansprüche: nämlich den bösen Glauben des Schuldners hinsichtlich seines Rechts zum Besitz (§§ 990, 994). Dieser Tatbestand steht selbständig neben dem der Rechtshängigkeit. Der Schuldner wird durch die Zustellung der Klage keineswegs an sich schon und immer bösgläubig 5). Es wird auch nicht etwa böser Glaube ab Zustellung vermutet.

---

1) Bd.II S.34
2) IPR S.601
3) a.a.O.
4) Vgl. Staudinger-Berg § 985 N.3
5) Motive II S.55; Staudinger-Berg § 987 N.4; Westermann § 32 II 1; RG JW 1905, 494; 1910, 4

Der Rechtsgrund für die Haftungsverschärfung ab Rechtshängigkeit beruht auf dem Gedanken, dass der verklagte Schuldner damit rechnen muss, dass er im Prozess unterliegt und die Sache herauszugeben hat 1).
Zum Unterschied vom bösgläubigen Besitzer, der durch die Erkenntnis der Rechtslage davon abgehalten werden soll, mit der Sache weiterhin wie mit einer eigenen zu verfahren, soll der verklagte - gutgläubige - Besitzer allerdings nur durch die Erwartung, die Herausgabe der Sache werde möglicherweise gerichtlich erzwungen, zu sorgsamerem Verhalten bestimmt werden. Die Rechtshängigkeit tritt allein auf Grund der Behauptung des Klägers ein. Es ist noch nicht sicher - schon gar nicht für den Beklagten - dass der Anspruch des Klägers wirklich zu Recht besteht und durchgesetzt werden kann. Erst wenn das Urteil auf Herausgabe der Sache rechtskräftig ist, steht für den Beklagten fest, dass er die Sache herausgeben muss - falls sie sich an einem Ort befindet, wo das Urteil anerkannt wird. Nun muss er die Sache wie eine fremde behüten, darf er über die Nutzungen nicht mehr frei verfügen. kein überflüssiges Geld mehr in die Sache stecken: kurz er muss den Kläger so stellen, als hätte dieser die Sache schon in Händen. Da sich aber ein Prozess lange hinziehen kann, soll diese Zwischenzeit dem Kläger, der schon vorher ein Recht auf sofortige Herausgabe der Sache hatte 2),nicht zum Nachteil gereichen. Er soll so gestellt werden, wie wenn sogleich bei Klageerhebung zu seinen Gunsten geurteilt worden wäre. Deswegen datiert das Gesetz die Wirkungen, die eigentlich erst das rechtskräftige Urteil hätte, auf den Beginn des Rechtsstreits zurück 3). Das bedeutet aber auch, dass die Haftungssteigerung davon abhängig ist, dass es zu einem für den Gläubiger günstigen Urteil kommt 4). Die Wirkungen eines Urteils, das nicht erlassen wird, können nicht zurückdatiert werden. Und nützlich ist das Urteil dem Gläubiger nur dann, wenn es ihm dazu verhilft, die Sache in Besitz zu bekommen. Folglich muss das Urteil in dem Staate, wo sich die Sache befindet, anerkannt werden und vollstreckbar sein.

---

1) Vgl. Denkschrift S.132; Windscheid-Kipp Bd.I § 124 S.631; Hellwig Lb III S.287 f.; BGH LM § 987 BGB Nr.3
2) Entfiel das Recht des Beklagten zum Besitz erst während des Prozesses, so tritt die Haftungsverschärfung erst mit diesem Zeitpunkt ein und nicht schon mit Rechtshängigkeit (Johannsen in RGRKomm § 987 Anm.10).
3) Kaser I S.366; Windscheid-Kipp I § 124 S.630
4) Vgl. Windscheid-Kipp I § 124 S.629; Hellwig Lb III S.305; Wolff-Raiser § 85 N.12; Johannsen in RGRKomm § 987 Anm.9, wonach die Wirkungen der Rechtshängigkeit nicht eintreten, bzw. zerstört werden, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil abgewiesen wird.

2.43 Nun kann es vorkommen, dass sich die Sache nicht während des ganzen Prozesses in einem Staat befand. Auf die Lage in welchem Zeitpunkt kommt es dann an? Die Lösung folgt aus der angedeuteten Überlegung, dass der Gläubiger so gestellt werden soll, als hätte er schon in dem Augenblick als er die Klage erhob ein Urteil - des Staates, wo er geklagt hat - in Händen gehalten.
Angenommen, es hätte sich wirklich so verhalten: Dann könnte man folgern, dass der Gläubiger aus dem Urteil (das im "Belegenheitsstaat" zur Zeit der Klageerhebung anerkannt wurde) vollstreckt und die Sache an sich gebracht hätte; der Schuldner hätte auf die Sache nicht mehr einwirken und ihr weder schuldhaft Beschädigungen zufügen noch Verwendungen auf sie machen können. Das hiesse jedoch den Sinn der §§ 987 ff. verkennen. Die Fiktion der Rückdatierung des Urteils auf die Erhebung der Klage besagt keineswegs, dass zugleich alles tatsächlich Geschehene ungeschehen gemacht werden soll. Es bleibt dabei, dass der Schuldner die Sache in einen anderen Staat gebracht und sie dort beschädigt, dort Nutzungen gezogen und Verwendungen gemacht hat. Nur die Funktion, die der Schuldner dabei wahrnahm, ist eine andere geworden, da der Schuldner mit der Vollstreckung des Urteils rechnen musste - und zwar gerade in dem Augenblick, als er die Sache beschädigte usw.. Er brauchte aber mit der Vollstreckung nur zu rechnen, wenn das auf die Klage ergehende Urteil, hätte es in jenem Augenblick schon vorgelegen, in dem Staate, wo sich die Sache damals gerade befand, anerkannt worden wäre.

Ähnliche Überlegungen lösen die Frage, was geschieht, wenn zwar nicht die Lage der Sache sich ändert, dafür aber der Klageantrag. Angenommen, die Klage ging anfangs auf Herausgabe eines Grundstücks. Eine solche Klage kann, wenn im Ausland hinsichtlich eines inländischen Grundstücks erhoben, nicht zur Anerkennung im Inland führen (§ 328 Abs.1 Nr.1, § 24 Abs.1 ZPO). Wenn nun der Beklagte inzwischen das Grundstück aberntet und der Kläger daraufhin den Klageantrag auch auf die Herausgabe der Ernte erstreckt, kann das Urteil insoweit u.U. anerkennungsfähig sein, da § 26 ZPO nur einen Wahlgerichtsstand gibt. Trotzdem kommt es darauf nicht an; die Anerkennung des Urteils auf Herausgabe der Nutzungen kann nicht nachträglich die Haftungsverschärfung begründen. Auch hier hätte das Urteil über den Hauptanspruch des § 985 BGB, seine Rechtskraft bei Beginn der Ernte unterstellt, der Anerkennung fähig sein müssen.
Allerdings hätte daran schon der ausländische Richter denken sollen. Verurteilt er trotzdem den Schuldner zur Herausgabe der Nutzungen (hier der Ernte) und erkennen wir dieses Urteil an, so sind wir an den Spruch gebunden.

2.44 Fraglich ist auch der Einfluss einer später im Inland erhobenen Klage auf die Haftung für vorher, aber nach Rechtshängigkeit im Ausland, eingetretene Schäden usw..

Ein Beispiel: A verklagt B im Ausland auf Herausgabe eines im Inland liegenden Hausgrundstücks. Wenig später lässt B das baufällige Haus reparieren; A dagegen beabsichtigt, es auf Abbruch an einen Warenhauskonzern zu verkaufen. Der Prozess im Ausland läuft weiter. Kurz nach Beendigung der Reparaturen erhebt A mit Erfolg Herausgabeklage im Inland. Kann B von A für die Reparaturkosten Ersatz verlangen (§ 994 Abs. 1 BGB), obwohl die Reparatur A's Interesse und Willen widersprach (§§ 994 Abs. 2, 683 BGB) oder ist er auf Bereicherungsansprüche beschränkt (§§ 684, 812 ff. BGB)?

Die ausländische Klage hatte nicht die Wirkung des § 994 Abs. 2, weil das ausländische Urteil mangels internationaler Zuständigkeit nicht anerkannt wird. Die inländische Klage kam erst nachdem die Aufwendungen schon gemacht worden waren. Jede Klage für sich allein ist also nicht geeignet, B's Rechtsstellung zu verschlechtern. Kann man aber nicht das inländische Urteil auf den Zeitpunkt der ausländischen Klage zurückdatieren - ebenso wie die Unterbrechung der Verjährung durch eine ausländische Klage einer während der Dauer des ausländischen Prozesses erhobenen inländischen Klage zugutekommt?
M.E. geht das nicht. Der Schuldner braucht sich nur so zu verhalten, als wäre ein ihm ungünstiges Urteil im anhängigen Rechtsstreit schon zu dessen Beginn ergangen. Selbst wenn das ausländische Gericht ihn dazu verurteilte, das Grundstück herauszugeben, brauchte er doch wegen dieses Urteils keine Vollstrekkung zu befürchten. An andere Schritte des Gläubigers braucht der Schuldner nicht zu denken. Das ist gerade der Unterschied gegenüber der Lage des bösgläubigen Schuldners, der seine Sorge nicht bloss auf den Ausgang eines bestimmten Rechtsstreits richten darf, sondern damit rechnen muss, dass der Gläubiger mit allen Mitteln versuchen wird, sein Recht durchzusetzen.
Danach kann also B im obigen Beispielsfall die notwendigen Verwendungen in vollem Umfang ersetzt verlangen.

Wenn somit nicht einmal eine während der Dauer des ausländischen Prozesses im Inland erhobene neue Klage haftungssteigernd auf die vor ihr eingetretenen Umstände wirkt, kann dies erst recht nicht für eine solche nach Abschluss des ausländischen Prozesses und des Anerkennungsverfahrens gelten. Dagegen befürworten Hellwig 1) und Kussi 2) die analoge Anwendung des § 212 Abs. 2 BGB (allerdings nur auf inländische unzulässige Klagen 3)). Kussi möchte durch die Übernahme der Sechs-Monats-Frist auf die Fälle der §§ 987 ff. den Interessengegensatz ausgleichen, den er darin sieht, dass einerseits der Beklagte, der den klägerischen Rechtsverfolgungswillen und seinen Missgriff beobachten konnte, nicht damit rechnen dürfe, dass der Kläger nun von der Verfolgung seines Anspruchs abstehen werde,

---

1) Lb III S. 305 N. 25
2) S. 85
3) Vgl. dagegen Johannsen in RGRKomm § 987 Anm. 9

man ihm andererseits jedoch nicht zumuten könne, nun ewig den Verwalter zu spielen und darauf zu warten, ob der Kläger nochmals vorgehen werde.

Unberührt bleibt von alledem übrigens die Möglichkeit, dass ein dem Beklagten ungünstiges ausländisches Urteil, das auf der Anwendung deutschen Rechts beruht, im Einzelfall Bösgläubigkeit begründet, selbst wenn es nicht anerkannt wird.

2.45 In einer Anzahl Bestimmungen ist der Gedanke verwirklicht, dass bei Auseinandersetzung einer Gemeinschaft zur gesamten Hand, die durch Klage eines Beteiligten aufgelöst oder verkleinert worden ist, nicht die Vermögenslage im Zeitpunkt der Auflösung, sondern schon die bei Erhebung der Klage auf Auflösung der Gemeinschaft bestehende massgebend sein soll, damit Vermögensverschiebungen, die den Kläger schädigen sollen, von dem Zeitpunkt, in dem der Verwalter mit der Auseinandersetzung rechnen musste, an nicht berücksichtigt werden.
So kommt es bei Auflösung der Zugewinngemeinschaft durch Scheidung oder durch ein Urteil, durch das auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns erkannt ist (§ 1388 BGB), für die Berechnung des Zugewinns nicht auf die Beendigung des Güterstandes (§§ 1376 Abs. 2, 1378 Abs. 3 BGB) an, sondern auf die Erhebung der Scheidungsklage (§ 1384) bzw. der Klage auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns (§ 1387). Entsprechendes gilt für die Klage auf Aufhebung der Gütergemeinschaft (§ 1479 BGB) und der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1498 BGB) sowie für die Klage auf Ausschliessung des Gesellschafters einer OHG (§ 140 HGB) oder KG (§ 161 Abs. 2 HGB) 1). Alle diese Vorschriften werden bei einer im Ausland erhobenen Klage erst dann praktisch, wenn das Urteil im Inland anerkannt wird. Die Klageerhebung ist blosser Berechnungszeitpunkt. Die Ausgleichsforderung entsteht erst mit der Beendigung des Güterstandes bzw. der Gemeinschaft; diese wiederum tritt erst mit Rechtskraft des Urteils ein 2).

---

1) Wegen der Anwendung des in diesen Vorschriften enthaltenen Rechtsgedankens auf andere Fälle vgl. Kussi S. 29.

2) Kussi S. 86 wendet auch hier § 212 Abs. 2 BGB entsprechend an. Dies begegnet den gleichen Bedanken wie bei den Ansprüchen aus §§ 987 ff. BGB.

2.5 Verzug infolge Erhebung der Leistungsklage

Leistet der Schuldner einer fälligen Forderung nach Mahnung nicht, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Leistungsklage gleich (§ 284 Abs. 1 S. 2 BGB). Diese Klage kann auch im Ausland erhoben werden; es schadet auch nicht, wenn das Urteil später im Inland nicht anerkannt wird. Aus der Gleichstellung mit der Mahnung ergibt sich, dass es nur auf die private Willensäusserung ankommt, nicht dagegen auf den Erfolg der Klage. In der Anrufung des Gerichts, selbst eines ausländischen, ist eine Mahnung enthalten. Die Erhebung der Leistungsklage "gilt" als Mahnung 1).

2.6 Prozesszinsen

Gemäss § 291 BGB hat der Schuldner eine Geldschuld vom Eintritt der Rechtshängigkeit zu verzinsen, auch wenn er nicht im Verzug ist. Riezler 2) und Nussbaum 3) wollen auch hier Prozesszinsen vom Augenblick der Rechtshängigkeit im Ausland nur dann gewähren, wenn das ausländische Urteil der Anerkennung fähig ist.

Die Rechtshängigkeit kann aus zwei verschiedenen Gesichtspunkten dazu führen, dass der Schuldner vertraglich nicht vereinbarte Zinsen zahlen muss: einmal aus § 288 Abs. 1 S. 1 mit § 284 Abs. 1 BGB, zum anderen aus § 291. Letztere Bestimmung ist nicht überflüssig, denn sie erfordert, im Gegensatz zum Verzug (§ 285 BGB), kein "Vertretenmüssen".
Prozesszinsen sind aber nicht etwa blosse Verzugszinsen ohne Verschulden. Der Zweck des § 291 ist ein anderer. Prot. II 648 sehen ihn darin: "Der Schuldner müsse, auch wenn er in redlichem Glauben, zur Zahlung nicht verpflichtet zu sein, sich auf den Prozess einlasse, billigerweise dem Gläubiger für die Nutzung Ersatz leisten, die er ihm während der Dauer des Prozesses vorenthalte; er handle, wenn er es auf die richterliche Entscheidung ankommen lasse, auf seine Gefahr. Die Verpflichtung zur Zahlung von Prozesszinsen rechtfertige sich durch die nämliche Erwägung, welche dem § 292 BGB (der auf §§ 987 ff. BGB verweist) zu Grunde liege" 4).

Im Grunde sind die Zinsen nur Nutzungen der Geldschuld 5). Umgekehrt findet sich auch bei den Ansprüchen aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ein gewisser

---

1) Motive II S. 58. Vgl. Josef S. 243, Riezler IZPR S. 463; s. a. Hellwig System I S. 390, Frankenstein I S. 371
2) IZPR S. 463
3) DIPR S. 429 N. 3
4) S. a. Kohler S. 7
5) Windscheid-Kipp I § 124 N. 6 a. E.

Gleichlauf mit den Ansprüchen aus Verzug (vgl. § 990 Abs.2 BGB). Deshalb erscheint es gerechtfertigt, auf die Prozesszinsen die gleichen Grundsätze anzuwenden wie auf die §§ 987 ff. (s. oben Nr. 2.4) und auch sie davon abhängig zu machen, dass das ausländische Urteil im Inland anerkannt wird; widrigenfalls werden sie nur ab Rechtshängigkeit im Inland geschuldet. Wir können dem Schuldner keinen Vorwurf daraus machen, dass er sich durch einen Prozess nicht hat schrecken lassen, dessen Ergebnis wir selbst nicht anerkennen. Das ändert nichts daran, dass Zinsen schon ab Klageerhebung im Ausland geschuldet werden, wenn der Beklagte dadurch in Verzug gesetzt wurde - es handelt sich dann allerdings nicht um "Prozesszinsen" 1).

2.7 Unterhalt für die Vergangenheit

§ 1613 BGB (auf den auch § 528 Abs.1 S.3 BGB verweist) und § 64 EheG, die grundsätzlich den Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit ausschliessen, ähneln insofern den §§ 288 Abs.1 S.1 und 291 BGB, als sie Ausnahmen von der Regel sowohl für den Fall des Verzugs als auch für den der Klageerhebung (ohne Verzug) machen. Man könnte das damit erklären, dass der Verpflichtete erst von dem Zeitpunkt an genötigt sein solle, seine Lebenshaltung nach der Unterhaltsverpflichtung einzurichten, in dem er mit dieser rechnen muss 2). Dann wäre allerdings nicht einzusehen, warum das nicht auch für alle anderen wiederkehrenden Leistungen gelten sollte.

Grundlage des § 1613 BGB ist vielmehr der Satz "in praeteritum non vivitur". Gegenstand der Unterhaltspflicht sind nicht die einzelnen Leistungen als solche, sondern er ist die Befriedigung der Bedürfnisse des Berechtigten durch Darreichung der dazu erforderlichen Mittel. Die Alimentation ist nicht nur das Motiv der Leistung, sondern ihr Inhalt 3). Die Unterhaltsleistung selbst ist nachträglich nicht mehr möglich. Nach den allgemeinen Vorschriften könnte u.U. Schadensersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung oder als Verzugsschaden gefordert werden.

Anstelle dieser häufig an Beweisschwierigkeiten scheiternden Möglichkeiten gewährt § 1613 Anspruch auf Unterhalt ab Verzug auch ohne dass es des weiteren Beweises bedürfte, dass der Berechtigte infolge des Verzugs, um sich zu unterhalten, Aufwendungen wirklich gemacht hat. Die Motive 4) führen für diese Ausnahme praktische Gründe an. Es sollte eine "einfache, durchgreifende, der Mehrzahl der Fälle

---

1) Hellwig Lb III S.305
2) So Kipp-Wolff § 97 IX
3) Motive IV S.705; vgl. auch Kussi S.33
4) Bd. IV S.706

entsprechende Norm" aufgestellt werden 1).
Rein praktische Rücksichten waren es auch, die zu der Bestimmung führten, dass der Berechtigte Unterhalt ab Rechtshängigkeit fordern kann. Und zwar "im Hinblick auf solche Fälle, in welchen der Bedürftige nicht in der Lage ist, den Verpflichteten durch Aufforderung zur Erfüllung der Unterhaltspflicht in Verzug zu setzen, und in welchen der Verpflichtete nach Lage der Sache auch durch die Klageerhebung nicht in Verzug kommt (§§ 284, 285 BGB)" 2).

Soweit es mangels einer gründlichen dogmatischen Rechtfertigung erkennbar ist, gehen die in § 1613 angeführten Ausnahmen davon aus, dass der Unterhaltsberechtigte sich seinen Anspruch von dem Zeitpunkt an erhält, in dem er zu erkennen gegeben hat, dass er auf ihn zurückgreifen will. Das entspricht auch dem subsidiären Charakter der Unterhaltspflicht zwischen Verwandten und geschiedenen Ehegatten (§ 1602 BGB, § 58 EheG).
Seinen Willen, Unterhalt in Anspruch zu nehmen, tut der Berechtigte auch durch Klage im Ausland kund. Das später ergehende Urteil hat darauf keinen Einfluss 3).

2.8 Übertragbarkeit, Pfändbarkeit und Vererblichkeit von Ansprüchen

In den Fällen, in denen das BGB Ersatz auch für Schäden gewährt, die nicht Vermögensschaden sind - nämlich beim Schmerzensgeld (§ 847) und Kranzgeld (§ 1300) - wird der Anspruch erst dann vererblich, übertragbar und damit pfändbar (§ 851 ZPO), wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist.

Daneben sind gemäss § 852 ZPO eine Anzahl Ansprüche nur unter den gleichen Voraussetzungen pfändbar: nämlich der Anspruch des verarmten Schenkers auf Rückgabe des Geschenkes oder Freistellung von Unterhaltspflichten nach § 528 BGB (wegen § 400 BGB ist dieser auch nicht übertragbar und nur in den Grenzen des § 1615 vererblich, § 528 Abs. 1 S. 3 BGB); der Anspruch auf Ausgleich des Zugewinnes (§ 1378 Abs. 1) und auf den Pflichtteil (§ 2317 Abs. 1), letzterer auch soweit er dem von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossenen Abkömmling zusteht (§ 1511 Abs. 2 S. 2). Die zuletzt genannten drei Ansprüche sind jedoch vererblich und übertragbar (§§ 1378 Abs. 3, 2317 Abs. 2).

---

1) Vgl. auch § 323 Abs. 3 ZPO, der die Abänderungsklage nur für die Zeit nach Erhebung der Klage ermöglicht: ein "willkürlich herausgegriffener Zeitpunkt" (StJSchP § 323 N. 53).
2) Motive a. a. O.
3) A. A. wohl Hellwig Lb III S. 297 N. 59 und Kussi S. 33, S. 87 bei N. 46, was sich daraus ergibt, dass sie § 212 Abs. 2 BGB analog anwenden wollen.

Der Schmerzens- und Kranzgeldanspruch beruht auf einer Verletzung der Person; aber auch der Schaden selbst ist in der Person als solcher und nicht bloss in ihrer Vermögensstellung eingetreten. Diese Ansprüche sind daher höchstpersönlich. Nur der Verletzte kann sie erheben. Von seiner Entscheidung soll es abhängen, ob er sie erhebt 1). Den Erben darf die Geltendmachung nur gestattet sein, sofern feststeht, dass der Verletzte selbst sich dafür entschieden hat.
Ähnliche Erwägungen führen zur Beschränkung der Übertragbarkeit, namentlich im Hinblick auf solche Fälle, in denen der Übergang der Forderung nicht vom Willen des Gläubigers abhängt 2): Übertragung kraft Gesetzes und Pfändung und Überweisung, die beide von der Übertragbarkeit abhängen (§§ 412 BGB, 851 ZPO). Allerdings hätte es hierzu möglicherweise ausgereicht, die Ansprüche nach dem Vorbild des § 852 ZPO für unpfändbar zu erklären und die rechtsgeschäftliche Übertragung unberührt zu lassen. Ausserdem kann man annehmen, dass der Gläubiger durch eine Zession des Schmerzensgeldanspruchs deutlich zu erkennen gibt, dass er ihn geltend machen will. Dem Gesetzgeber kam es indessen auf eine eindeutige Erklärung gegenüber dem Schuldner an, die bei der Zession nicht immer gewährleistet wäre. Er hat deshalb neben der vertraglichen Anerkennung die Rechtshängigkeit als Kriterium gewählt "aus Gründen praktischer Zweckmässigkeit zur Vermeidung der sonst zu besorgenden Streitigkeiten" 3).

Bei den Ansprüchen auf Ausgleich des Zugewinns, Pflichtteil und Rückgabe eines Geschenkes geht es ebenfalls um Fragen des Taktes und der Pietät 4). Nur wird hier auf den Willen des Gläubigers bloss insoweit Rücksicht genommen, als ohne ihn ein Dritter nicht durch Pfändung die Entscheidung des Gläubigers vorwegnehmen soll 5).

In der Klage vor einem ausländischen Gericht kann der Gläubiger ebenso klar seinen Willen, den Anspruch geltend zu machen, betätigen, wie im Inland. Auch der Nachweis, dass und wann er dies getan hat, lässt sich aufgrund der Zustellung der ausländischen Klage zweifelsfrei führen. Sie ist somit hier der Rechtshängigkeit im Inland unbeschränkt gleichzuachten 6). Allerdings ist im Fall des § 847 BGB die

---

1) Vgl. Kussi S. 34, 37; Soergel-Schräder § 847 N. 20
2) Motive Bd. II S. 802; Kommissionsbericht Bd. IV S. 5
3) Motive Bd. II S. 802
4) Staudinger-Ferid § 2317 N. 13; Johannsen in RGRKomm 2317 Anm. 18; Kussi S. 34
5) Vgl. Staudinger-Ferid § 2317 N. 14; Kuhn in RGRKomm § 528 Anm. 8; Johannsen a. a. O. Anm. 20; StJSchP § 852 Anm. I; OLG Karlsruhe HRR 1930, 1164
6) Zu dem entsprechenden Fall der Abweisung durch inländisches Prozessurteil vgl. Hellwig Lb III S. 305, der allerdings auch hier die Einhaltung der Sechs-Monats-Frist für die neuerliche Erhebung der Klage durch den Erben oder Zessionar verlangt. Gegen diese Einschränkung mit Recht Kussi S. 79 N. 20. Vgl. ferner Staudinger-Ferid § 2317 N. 15: "Die Rechtshängigkeit braucht nicht fortzudauern".

Frage heftig umstritten, ob es genüge, wenn die Klage zu Lebzeiten des Verletzten bei Gericht eingereicht wird, oder ob sie vor dem Tode des Verletzten auch noch dem Gegner zugestellt worden sein müsse: m.a.W. ob der Begriff der Rechtshängigkeit hier streng nach den Vorschriften der ZPO auszulegen sei 1). Der BGH 2) hat sich der strengeren Auffassung angeschlossen und 3) ausgeführt: "Es genügt nicht, dass er (der Geschädigte) die Forderung an den Beklagten stellte, sondern er muss in den Verhandlungen über den zu leistenden Schadensersatz, wie sie durchweg zunächst zwischen den Beteiligten stattfinden, die vertragliche Anerkennung des Anspruchs erreicht haben (vgl. § 781 BGB). Gerade die Gleichbehandlung des vertraglichen Anerkenntnisses und der Begründung der Rechtshängigkeit spricht aber dafür, dass die Rechtshängigkeit im Sinne der Begründung des Prozessverhältnisses mit dem Beklagten zu verstehen ist."

Daraus ergeben sich zwar für unser Thema keine unmittelbaren Folgen, denn wir setzen ja gerade voraus, dass die Klageerhebung im Ausland auch nach den Begriffen des inländischen Rechts eine Klageerhebung ist. Die stärkere Formalisierung, die der BGH erstrebt, weckt aber doch Zweifel, ob es allein auf die Willensbetätigung des Geschädigten ankommt. So könnte man darauf hinweisen, dass - ähnlich wie in §§ 208 und 209 BGB 4) - das Gesetz auch in § 847 Abs.1 S.2 und den anderen hier behandelten Bestimmungen: § 1300 BGB, § 852 ZPO alternativ das Anerkenntnis des Schuldners und die Erhebung der Klage durch den Gläubiger als Tatbestand aufstellt.
Anders als bei § 209 BGB soll jedoch im Fall des § 847 BGB die Klage nicht dazu dienen, dass das Anerkenntnis durch Richterspruch ersetzt wird. Während § 208 das Anerkenntnis in jedem rein tatsächlichen Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, aus dem sich das Bewusstsein von dem Bestehen des Anspruchs unzweideutig ergibt 5), erblickt, verlangt § 847 eine Anerkennung "durch Vertrag". Manche 6) geben sich zwar auch hier mit einem Anerkenntnis i.S. des § 208 zufrieden. Der Hinweis des BGH a.a.O. deutet jedoch darauf hin, dass es sich um ein Anerkenntnis nach § 781 BGB handeln muss. Für diese Auslegung spricht auch,

---

1) Zum bisherigen Streitstand vgl. die Nachweise in BGH NJW 1961, 1575 a.E. und ausserdem Meyer VersR 1956, 265, Münzel NJW 1961, 1558, LG Stuttgart MDR 1957, 227, OLG Frankfurt MDR 1960, 841, OLG Schleswig MDR 1961, 320.
2) in NJW 1961, 1575 und 2347. Ebenso jetzt Soergel-Schräder § 847 N.20
3) in der Entscheidung NJW 1961, 1575, deren Begründung mit derjenigen des am selben Tage verkündeten Urteils in VersR 1961, 515 übereinstimmt.
4) S. oben Nr. 2.153.3
5) Vgl. Staudinger-Coing § 208 N.3
6) OLG Kralsruhe HRR 1930, 1164 (zu § 852 ZPO), StJSchP § 852 N.3; a.M. Wieczorek § 851 C III a 5, 8, § 852 A II

dass es innerhalb des Rechts der Verjährung neben dem formlosen Anerkenntnis des § 208 das davon verschiedene "vertragsmässige Anerkenntnis" des § 222 Abs.2 S.2 BGB 1) gibt. Die Erklärung des Schuldners könnte allerdings auch hier gemäss § 894 ZPO durch Urteil ersetzt werden.
Im Rahmen des § 847 soll die Klage aber nicht der erste Schritt zu einem solchen Urteil sein. Anerkenntnis und Klage beruhen auf zwei von einander ganz verschiedenen Rechtsgedanken. Das vertragliche abstrakte Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) schafft einen neuen Schuldgrund. In §§ 222 Abs.2, 812 Abs.2, 656 Abs.2, 762 Abs.2 BGB ist es der Leistung gleichgestellt. Der Erbe oder der Zessionar, der die Forderung aus einem Schuldanerkenntnis erwirbt, hat also einen Anspruch, dem von der höchstpersönlichen Natur des Schmerzensgeldes nichts mehr anhaftet. Dem zu Lebzeiten des Geschädigten ergehenden Urteil käme ebenfalls novierende Wirkung zu, wenn man der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie folgen wollte 2). Nach der heute herrschenden prozessualen Rechtskrafttheorie 3) ändert das Urteil aber nichts daran, dass der Schädiger nach wie vor Schmerzensgeld schuldet. Deshalb hat es auch keinen Sinn, die Rechtshängigkeit in § 847 BGB etwa für eine Vorstufe zu einem "Urteilsanspruch", einer actio iudicati zu halten 4).
Vielmehr bleibt es dabei, dass auf diese Weise nur ein eindeutiges Anzeichen für den Willen des Geschädigten gefunden werden soll.

---

1) das in der Form des § 781 abgegeben sein muss: Staudinger-Coing § 222 N.7, RGZ 78, 132, 164, RG DR 1942, 726
2) Dazu vgl. Rosenberg § 148 II 1
3) StJSchP § 322 II 1, Rosenberg § 148 II 2,3
4) Nach Art.1010 des Dresdener Entwurfes sollte der Schmerzensgeldanspruch nur dann vererblich und übertragbar sein, wenn der Schädiger ihn vertraglich anerkannt hatte oder rechtskräftig verurteilt worden war. Wenn Münzel a.a.O. diese Lösung für die Übertragbarkeit auch de lege ferenda befürwortet, so bloss um zu erreichen, dass der Geschädigte selbst den Rechtsstreit führt.

2.9 Erlöschen des Verfügungsrechts des Absenders beim Frachtvertrag

Der Absender kann im Rahmen des Frachtvertrags auch nach Absendung des Gutes über dasselbe verfügen und dem Frachtführer zu diesem Zweck Anweisungen geben (§ 433 Abs.1 HGB).
Nach Ankunft des Gutes am Ort der Ablieferung ist der Empfänger berechtigt, von dem Frachtführer die Übergabe des Frachtbriefes und die Auslieferung des Gutes zu verlangen (§ 435 Satz 1, 2 HGB). Er kann dies nicht mehr, wenn der Absender den Frachtführer vorher angewiesen hat, das Gut einem anderen auszufolgen (vgl. § 435 Satz 3 HGB). Der Frachtführer darf sich jedoch nicht nach einer solchen abweichenden Verfügung des Absenders richten, wenn er schon (das Gut dem Empfänger übergeben oder) dem Empfänger den Frachtbrief übergeben oder der Empfänger gegen ihn Klage gemäss § 435 HGB auf Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Frachtvertrag erhoben hat (§ 433 Abs.2 HGB).
Kann der Empfänger diese Klage auch im Ausland erheben? Oder, genauer ausgedrückt: Was hat der Frachtführer zu tun, wenn derjenige, welcher im Frachtbrief (§ 426 Abs.2 Nr.3 HGB) als Empfänger des Gutes bezeichnet ist, ihn "im Ausland" auf Herausgabe verklagt und später der Absender die Anweisung gibt, das Gut nur einem bestimmten Dritten auszufolgen?
Zuvor bedarf allerdings der Klärung, was in diesem Fall unter "Ausland" zu verstehen ist. Der Frachtvertrag unterliegt als schuldrechtlicher Vertrag nach deutschem IPR der Privatautonomie der Parteien. Da hier nur die Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Binnengewässern in Frage steht (§ 425 HGB), ist anzunehmen, dass Absender und Frachtführer das Recht des Absendeortes, an dem beide meist auch ihren Wohnsitz haben werden, als Vertragsstatut vereinbart haben bzw. vereinbart hätten 1). Wenn der Ablieferungsort ebenfalls in Deutschland liegt, ist klar, was alles unter den Begriff "Ausland" fällt. Die Eigenart des Frachtvertrages bringt es allerdings mit sich, dass der Ort der Ablieferung oft in einem anderen Staat liegen wird. Nach dem oben(unter Nr. 1.2) Gesagten ist auch dieser Staat für uns "Ausland", weil dort nicht das Recht des Vertragsstatuts gilt. Sollten wir zu dem Ergebnis kommen, dass die Anerkennung des Urteils am Ablieferungsort entscheidet, so nicht deswegen, weil dort "Inland" wäre, sondern kraft einer Verweisung durch das an sich massgebliche (deutsche) Recht. Eine am Ablieferungsort erhobene Klage nach §§ 433 Abs.2 S.1, 435 HGB beseitigte dann das Verfügungsrecht des Absenders nicht weil sie dort erhoben wurde, sondern weil das Urteil dort als ein Urteil des eigenen Staates anerkannt wird.

Nach Kussi 2) hängt der Übergang des Verfügungsrechts allein mit der Erklärung

---

1) Für Massgeblichkeit des Rechts am Ort des Gewerbebetriebes des Frachtführers: Gessler § 425 Anm.25

2) S.62

des Empfängers, das Gut haben zu wollen, zusammen. Die Übergabe des Frachtbriefes soll dafür einen klar erkennbaren Zeitpunkt festlegen, der der Übergabe des Gutes in der Regel nicht weit vorausgeht. Desgleichen soll die Klage nur ein präziser formeller Akt sein, durch den der Empfänger seinen Willen äussert, die Erfüllung der Pflicht des Frachtführers, Gut und Frachtbrief zu übergeben, im Zwangswege durchzusetzen.

Der Frachtvertrag ist ein Vertrag zu Gunsten Dritter 1) zwischen dem Absender und dem Frachtführer. Während aber im allgemeinen aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages, zu entnehmen ist, ob das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufgehoben werden kann (§ 328 Abs.2 BGB), ist diese Frage in §§ 433, 435 HGB ausdrücklich geregelt.

Von den beiden Tatbeständen, die den Übergang des Verfügungsrechts vom Absender auf den Empfänger bewirken, erklärt Hellwig 2) den ersten, die Übergabe des Frachtbriefes, damit, dass der Frachtbrief nicht lediglich ein Beweispapier, sondern eine Dispositivurkunde wie Schuldschein und Quittung sei. Seine Übergabe verschaffe dem Empfänger zwar kein Recht, der Absender lasse jenem dadurch aber eine Willenserklärung zukommen (vgl. § 130 Abs.1 BGB), dass er, der Absender, auf sein Verfügungsrecht verzichte.

Für die Wirkung der Klageerhebung führt Hellwig historische Gründe an, die von falschen dogmatischen Überlegungen ausgegangen seien. Früher habe man in der Klage des Empfängers den Beitritt zum Frachtvertrag und dessen Genehmigung gesehen, wodurch die Berechtigung des Empfängers unwiderruflich geworden sei 3). Noch weniger als diese Auffassung treffe - nicht einmal für das gemeine Recht - die Meinung zu, dass der Empfänger durch einseitige Erklärung die Aufhebung seines Rechtes durch den Absender verhindern könne 4).

Der Empfänger kann auf sein Verfügungsrecht verzichten. Dem steht nach heute herrschender Meinung gleich, dass die gemäss § 435 HGB gegen den Frachtführer erhobene Klage (als unzulässig oder als unbegründet) abgewiesen wird 5). Von diesem Ergebnis haben wir auch bei der Prüfung unserer Frage auszugehen. Es lässt sich m.E. folgendermassen erklären:

Inhaltlich voneinander abweichende Anweisungen des Absenders und des Empfängers können nicht nebeneinander bestehen, sondern schliessen sich gegenseitig aus. Aus den Bestimmungen des HGB folgt, dass der Absender möglichst lange die alleinige Verfügungsgewalt über das Gut behalten soll. Vor der Ankunft des Gutes am Ort der

---

1) Gessler § 435 Anm.17
2) Die Verträge auf Leistung an Dritte, S.486, 489 f.
3) Hellwig a.a.O. S.326
4) Hellwig a.a.O. S.265, 491. Vgl. dagegen Art. 1121 Satz 2 Code Civil
5) Vgl. Hellwig a.a.O. S.491; Rundnagel S.148; Gessler § 433 N.15, 16; Bing § 433 Anm.13. A.A. von seinem Standpunkt aus folgerichtig Kussi S.74, 80

Ablieferung ist der Empfänger grundsätzlich auf Sicherungsmassnahmen beschränkt (§ 434 HGB). Auch nachher noch kann der Absender den Zugriff des Empfängers auf das Gut vereiteln (§ 435 Satz 3 HGB). Andererseits obliegt es im Regelfall dem Empfänger, die ordnungsmässige Ablieferung des Gutes zu überwachen und durchzusetzen (§ 435 Satz 1 HGB). Dazu muss er den Frachtführer gegebenenfalls verklagen. Grund dieser Klage ist der Frachtvertrag, normalerweise mit dem Inhalt wie er in dem Frachtbrief niedergelegt ist (§ 426 HGB).
Könnte nun der Absender durch eine Anweisung an den Frachtführer, die den Inhalt des Frachtvertrages ändert 1), indem sie z.B. einen neuen Empfänger bestimmt, dem ursprünglichen Empfänger die Aktivlegitimation entziehen, so würde aus einer begründeten Klage während des Prozesses eine unbegründete. Der - ursprüngliche - Empfänger müsste die Prozesskosten tragen. Diese misslichen Folgen sollen verhindert werden. Ein Bedürfnis dafür besteht jedoch dann nicht, wenn die Klage ohnehin - also abgesehen von der neuen Anweisung an den Frachtführer - abgewiesen werden muss. M.a.W.: Der Absender soll nur unter der Voraussetzung sein Verfügungsrecht verlieren, dass die Klage zur Verurteilung des Frachtführers führt.

Der Abweisung der Klage steht die fehlende Anerkennbarkeit des Urteils gleich. Für die Klage gemäss § 435 HGB sind gewöhnlich verschiedene Gerichtsstände gegeben, so z.B. wahrscheinlich nach den meisten Prozessordnungen am Wohnsitz des Frachtführers. Es kommt jedoch allein darauf an, ob das Urteil am Orte der Ablieferung anerkannt und vollstreckt wird. Einmal ist der Wohnsitz des letzten Frachtführers, wenn mehrere beteiligt sind (§ 432 Abs.2 HGB), weitgehend vom Zufall ab- und vom Willen des Absenders unabhängig. Zum anderen, und das ist entscheidend, befindet sich das Gut, dessen Herausgabe erzwungen werden soll, am Ablieferungsort (wie § 435 Satz 1 HGB voraussetzt).
Der Empfänger hat deshalb das Risiko zu tragen, wenn er in einem anderen Staate klagt und das Urteil am Ablieferungsort nicht anerkannt wird. Das Anweisungsrecht bleibt dann dem Absender erhalten. Immerhin dürfte zum Schutze des Frachtführers anzunehmen sein, dass er berechtigt ist, nach Erhebung der Klage dem Empfänger das Gut freiwillig zu übergeben ohne dabei Anweisungen zu beachten, die der Absender in der Zeit zwischen Erhebung und Abweisung der Klage bzw. Abweisung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung erteilt.

---

1) Was allerdings nur beschränkt zulässig ist: vgl. Gessler § 433 Anm. 1, 9.

3 DIE INLÄNDISCHE BEDEUTUNG AUSLÄNDISCHER JURISTISCHER TATSACHEN

Die privatrechtlichen Wirkungen einer im Ausland erhobenen Klage sind nur ein kleiner Ausschnitt aus einem viel umfassenderen Fragenkreis: der inländischen Bedeutung ausländischer juristischer Tatsachen.

3.1 Es handelt sich dabei um ein Rechtsgebiet, das zwar sowohl mit dem Internationalen Privatrecht - IPR - als auch mit dem Internationalen Zivilprozessrecht - IZPR - gewisse Berührungspunkte hat, aber nicht mit ihnen zu verwechseln ist 1). Das IPR stellt Kollisionsnormen auf, welche Auskunft über die Rechtsordnung geben, die ein bestimmtes materiellrechtliches Rechtsverhältnis regelt. Deshalb muss es für die uns beschäftigenden Fragen herangezogen werden, um diejenigen juristischen Tatsachen auszuscheiden, die in ihrer örtlichen Beziehung zugleich Anknüpfungspunkt für Kollisionsnormen sind: so dass ihre Lage im Ausland genügt, die deutschen Sachnormen auszuschalten. Dazu gehören vor allem die unerlaubten Handlungen und die im Sachenrecht bedeutsamen Realakte: Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Trennung von Bestandteilen, Aneignung, Dereliktion, Fund. Wir haben es hier im Gegensatz dazu mit ausländischen Tatbeständen zu tun, die das deutsche IPR g e r a d e n i c h t auch zu iprechtlichen Anknüpfungspunkten gemacht hat.

Für die unter dem Ausdruck IZPR zusammengefassten Rechtsnormen gibt es kein einheitliches Charakteristikum. Es werden darunter alle verfahrensrechtlich bedeutsamen Tatbestände mit internationaler Beziehung eingereiht: staatliche Zuständigkeit und Gerichtsbarkeit, Anerkennung und Wirkung ausländischer Entscheidungen und anderer im Ausland vorgenommener Verfahrenshandlungen 2). Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen ist, wie wir gerade im vorliegenden Fall gesehen haben, auch für die inländische Bedeutung ausländischer juristischer Tatsachen von Interesse. Die Anerkennung ist dabei jedoch nur eine Vorfrage. Wir fragen nur danach, ob im Einzelfall die Anerkennung gewährleistet ist oder nicht. Das IZPR beschäftigt sich hingegen damit, unter welchen Voraussetzungen eine ausländische Entscheidung anerkannt werden kann.

Auch mit dem Fremdenrecht 3) haben wir uns hier nicht zu beschäftigen. Dieses

---

1) Dagegen will Katinszky S.855 diese Frage bei den einzelnen internen Rechten und beim IPR behandeln.
2) Vgl. Riezler IZPR S.1; Guldener S.1
3) Zu dem allerdings Neumeyer (vgl. Bd. IV S.89) dieses Rechtsgebiet zählen würde.

umfasst die Rechtssätze, welche eine unterschiedliche Behandlung der Ausländer gegenüber den Inländern anordnen 1). Wir haben es dagegen statt mit ausländischen Rechtssubjekten mit ausländischen Sachverhalten zu tun, an denen jene nur mitgewirkt haben können. Deshalb ist auch nicht auf die Gleichstellung von Ausländern mit Inländern, wie sie etwa das Diskriminierungsverbot des Art. 7 Abs. 1 des EWG-Vertrages anordnet, näher einzugehen.

Das Rechtsgebiet, mit dem wir uns hier beschäftigen wollen, und in einem Ausschnitt auch schon beschäftigt haben, hat hauptsächlich die Auslegung inländischer Normen des materiellen Rechts zum Gegenstand 2). Ausländische Rechtssätze interessieren nur soweit sie einem Auslandssachverhalt das Gepräge geben: d.h. nicht so sehr als Normen wie als den Tatbestand inhaltlich bestimmende Elemente. Unser Begriff der "Auslandssachverhalte" deckt sich nicht ganz mit dem von Kegel 3) 4) gebrauchten. Er ist enger und umfasst nicht alles, was sich mit dem Ausland in Verbindung bringen lässt und auf die Gestalt oder Auslegung inländischer Rechtssätze Einfluss übt: also z.B. nicht die Bedeutung ausländischer Anschauungen für die guten Sitten und die Lauterkeit des Wettbewerbs 5).

---

1) Vgl. Raape IPR S. 11
2) Vgl. Zitelmann IPR II S. 227
3) Lb S. 25 und Soergel-Kegel vor Art. 7 N. 82
   Andererseits bringt Kegel in Soergel-Kegel vor Art. 7 N. 73 Fälle, die in Wirklichkeit zu den Auslandssachverhalten gehören, weil nur ein Recht anwendbar ist - Unterbrechung der Verjährung durch Klage im Ausland und Wahrung der Inlandsform im Ausland - beim Problem der Angleichung unter.
4) Ebenso scheiden hier die "internationalen Sachverhalte" Steindorfs aus. Sie sind nämlich so beschaffen, dass sie die Massgeblichkeit einer einzigen Rechtsordnung ausschliessen bzw. in Frage stellen (vgl. Steindorf S. 273 f.).
5) Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 140, 25, 29; 150, 265, 270) und des Bundesgerichtshofs (BGHZ 22, 1, 18; 35, 329, 331), die auf Nussbaum (DIPR S. 340) zurückgeht, müssen alle Gewerbetreibenden, die im Inland eine Niederlassung haben, untereinander ihren gesamten Wettbewerb auch für das Ausland nach den inländischen Grundsätzen über den unlauteren Wettbewerb einrichten. Dabei ist auch auf die Anschauungen des Auslandes Rücksicht zu nehmen. Wird in einem ausländischen Staat eine Handlungsweise, die nach deutschem Recht an und für sich wettbewerbswidrig ist, als zulässig angesehen, so muss gefragt werden, ob sie bei dieser Sachlage, also unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die ausländische Verkehrsauffassung sie billigt, mit den Anschauungen des anständigen deutschen Kaufmannes zu vereinbaren ist und deshalb nicht gegen § 1 UWG verstösst (BGH GRUR 1958, 189, 197 - Zeiss; GRUR 1960, 372, 377 - Kodak; BGHZ 35, 329, 332 - Kindersaugflaschen).

   In ähnliche Richtung weist die Beurteilung ausländischer Verbotsgesetze durch

Vielmehr sollen ausländische Sachverhalte nur als "juristische Tatsachen", d.h. als Tatsachen, die den Tatbestandsteil einer - deutschen - Privatrechtsnorm ausfüllen, behandelt werden.

3.2 Der Rechtssatz besteht aus zwei Teilen, dem - abstrakten - Tatbestand und der Rechtsfolge, die in einem solchen Verhältnis zueinander stehen, dass diese eintritt, wenn jener von einem bestimmten Lebenssachverhalt ausgefüllt wird, der sich unter ihn subsumieren lässt. Man hat diesen Zusammenhang auch als "juristische Kausalität" bezeichnet 1).
Hinsichtlich der Einteilung der juristischen Tatsachen kann auf die übersichtliche Darstellung bei Henle 2) verwiesen werden. Offen bleiben können auch die Streitfragen, ob die Rechtsbedingungen oder Wirksamkeitsvoraussetzungen 3) zum Tatbestand gehören; ob die Rechte echte juristische Tatsachen sind 4) oder, wie

---

Fortsetzung der Anmerkung 5), Seite 64:

die höchstrichterliche Rechtsprechung. RG Warn 1912 Nr. 241: Auf ausländische Verbotsgesetze findet die Vorschrift des § 134 BGB nicht unbedingt Anwendung; vielmehr ist, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die dem inländischen Recht unterstehen, in jedem einzelnen Fall zu prüfen, welche Bedeutung das inländische Recht dem ausländischen Verbot nach dessen Zweck und Inhalt beilegt (hier Raubbau an Wurzelgummi im Sudan). Ebenso RG Gruchot 61 S. 460 (Schwedisches Ausfuhrverbot während des ersten Weltkriegs, das, weil gegen die deutschen Interessen gerichtet, nicht zu schützen ist).
RG JW 1927, 2288: Die Übertretung eines ausländischen Einfuhrverbots für Kokain ist sittenwidrig (hier wird also wie in den folgenden Entscheidungen nicht auf § 134, sondern auf § 138 BGB abgestellt) - auch falls der Kaufvertrag an sich deutschem Recht untersteht -, wenn das Verbot auf volksgesundheitlichen, nicht dagegen, wenn es auf handelspolitischen Gründen beruht.
RGZ 108, 241, 243: Ein Sittenverstoss liegt nicht vor, wenn ein ausländisches Gesetz umgangen werden soll, das nicht durch allen Kulturstaaten gemeinsame rechtlich-sittliche Erwägungen gerechtfertigt wird, sondern nur durch die in dem ausländischen Staate herrschenden wirtschafts- und sozialpolitischen (hier staatssozialistischen) Rechtsgrundsätze, die den deutschen Rechtsanschauungen widersprechen. RGZ 161, 296, 300 (!): Darüber hinaus kann die Umgehung sittenwidrig sein, wenn das ausländische Verbot zwar nicht durch allen Kulturstaaten gemeinsame, dafür aber durch die deutschen Anschauungen über die guten Sitten gerechtfertigt wird.

1) Vgl. Engisch S. 35 f.; Zitelmann IPR I S. 56; v. Tuhr II 1 S. 5 N. 10
2) S. 31 f.; s.a. v. Tuhr II 1 S. 7 ff., 103 ff., Enneccerus-Nipperdey § 137
3) Vgl. Oertmann RB S. 16, 28
4) So Enneccerus-Nipperdey § 136 N. 4

von Tuhr 1) und Henle 2) meinen, auf ihre Entstehungstatsachen zurückgeführt werden müssen; ferner, ob auch Zustände zum Tatbestand gehören können 3).

Bringt man nun einen Sachverhalt, eine juristische Tatsache, der sich im Ausland verwirklicht hat, mit einer inländischen Rechtsnorm zusammen, so kann sein spezifisch ausländischer Charakter aus dreierlei Gründen dazu führen, dass die Rechtsfolge nicht oder nicht so wie bei einer inländischen Tatsache eintritt. Diese Gründe können an drei Stellen ansetzen: am (Lebens-) Sachverhalt, am (abstrakten) Tatbestand und an der Rechtsfolge:

a) Die Subsumtion kann daran scheitern, dass der Sachverhalt, der sich im Ausland abspielt, entweder im Einzelfall nicht den Anforderungen entspricht, die der Tatbestand an ihn stellt, oder überhaupt bei jeder Verwirklichung im Ausland vom Tatbestand abweichen muss, weil ein dem Tatbestand ganz entsprechender Sachverhalt sich der Natur der Sache nach nur im Inland verwirklichen kann; z.B. Beurkundung durch einen amerikanischen "notary public" 4) in Fällen, wo ausnahmsweise die lex loci actus nicht massgeblich ist 5).

b) Der Tatbestand des deutschen Rechtssatzes kann territorial begrenzt sein. Er schliesst dann entweder Sachverhalte, die sich in bestimmten Ländern ereignen oder gar jeden ausländischen Sachverhalt aus. Das kann im letzteren Fall auch dadurch geschehen, dass der Tatbestand (bzw. einzelne seiner Bestandteile) auf das Inland beschränkt wird 6); z.B. das Strafurteil in § 1676 BGB 7).

c) Für den Fall, dass der dem Tatbestand völlig entsprechende Sachverhalt sich im Ausland verwirklicht, kann eine andere Rechtsfolge angeordnet sein als beim reinen Inlandssachverhalt; z.B. §§ 1944 Abs.3, 1954 Abs.3 BGB, Art.29 Abs.2 Scheck*G*, §§ 68 Abs.2, 75b HGB.

Bei der Abgrenzung der Fälle zu a) und b) kommt es darauf an, ob schuld daran, dass die Rechtsfolge nicht eintreten kann, das deutsche Recht ist (dann b) - oder es die ausländischen Verhältnisse sind, insbesondere die Gestaltungsmöglichkeiten, die das ausländische Recht zur Verfügung stellt (dann a). Der Fall zu c) ist im Grunde ein Unterfall von b). Der Eintritt einer abweichenden Rechtsfolge setzt voraus,

---

1) II 1 S.9
2) S.33
3) Vgl. v.Tuhr II 1 S.8, mit Einschränkungen S.9 und S.148 N.26; dagegen Siber S.124 und Oertmann RB S.22 - anders aber anscheinend S.15
4) Vgl. Mann a.a.O. N.15; a.A. LG Mainz NJW (RzW) 1958, 334 = Leitsatz NJW 1958, 1496
5) Vgl. RGZ 160, 230
6) Vgl. Neumeyer IV S.104
7) Vgl. Raape Scheidungsakt S.33, Staudinger-Raape S.477

dass die Norm, die für Inlandssachverhalte gilt, nicht anzuwenden ist.
Andererseits kommt es für uns nicht darauf an, ob der betreffende Sachverhalt (z.B. die Erhebung der Klage) in dem Staate, dem er entstammt, ebenfalls entsprechende Rechtswirkungen hat und ob er sich vielleicht gar keinen Einfluss über sein Rechtsgebiet hinaus beilegen will. Es steht dem Wirkungsstatut frei, zu bestimmen, welche tatsächlichen Vorgänge es zu Voraussetzungen für Rechtswirkungen machen will 1).

Wir haben gesehen, dass eine Anzahl privatrechtliche Wirkungen einer im Ausland erhobenen Klage nur eintreten oder erhalten bleiben, wenn das Urteil, das im Ausland auf die Klage ergeht, im Inland anerkannt wird. Um feststellen zu können, in welche der genannten Fallgruppen dieses Ergebnis einzureihen ist, müssen wir klären, welche Stellung die Anerkennung eines ausländischen Hoheitsaktes in unserem System des Rechtssatzes einnimmt. Bedeutet die Nichtanerkennung eine Einengung des gesetzlichen Tatbestandes; bedeutet sie, dass der Hoheitsakt nicht unter die inländische Rechtsnorm subsumiert werden kann?
Dass ein ausländischer Hoheitsakt anerkannt wird, besagt, dass er hinsichtlich aller rechtlichen Beziehungen, für die er im Inland Bedeutung erlangen kann 2) - soweit also die deutsche Rechtsnorm sich nicht auf Inlandstatbestände beschränkt, wie z.B. bei der Vollstreckung - dem entsprechenden inländischen Akt gleichgestellt ist. Anerkennung heisst also nicht Anerkennung für die Zwecke einer einzelnen Rechtsnorm, sondern des Aktes als solchen.
Der Rechtssatz, der die Anerkennung einengt (§ 328 ZPO), kann demnach nicht so angesehen werden, als beschränke er den Tatbestand der materiell-rechtlichen Norm (z.B. des § 41 EheG) auf Akte, die von einer zuständigen Behörde eines Staates, der uns Gegenseitigkeit gewährt, etc., ausgehen.
Andererseits liegt auch kein Fall mangelnder Subsumierbarkeit vor, denn die Versagung der Anerkennung beruht unmittelbar nicht auf dem ausländischen, sondern auf dem inländischen Recht. Wieder eine andere Frage ist es, ob der ausländische Akt seinem Wesen und Inhalt nach - ohne Rücksicht auf Anerkennung - unter die inländische Norm subsumiert werden kann.
Die "Anerkennung" bildet vielmehr eine Kategorie für sich. In den Rahmen des Rechtssatzes fügt sie sich dadurch ein, dass die Rechtsnorm jeweils dann, wenn ihr Tatbestand einen Hoheitsakt enthält, diesen als inländischen oder anerkannten versteht: also doch Einschränkung des gesetzlichen Tatbestandes, aber unter Einschaltung des Begriffs der Anerkennung ohne Rücksicht auf ihre einzelnen Voraussetzungen bzw. Hinderungsgründe. Entsprechend ist ein Rechtssatz, der der Erhebung der Klage privatrechtliche Wirkungen nur mit Rücksicht auf ein späteres Urteil bestimm-

---

1) Vgl. Zitelmann IPR II S.259 ff.
2) Zur Wirkung des Gestaltungsurteils als Tatbestand vgl. Rosenberg § 87 I 2, Niese S.36 f.

ten Inhalts beilegt, so aufzufassen, dass der Tatbestand nur inländische oder solche Klagen meint, die zu einem im Inland anerkennungsfähigen Urteil führen.

3.3 Unser engeres Thema, die privatrechtlichen Wirkungen der ausländischen Klageerhebung, bietet aber auch in anderer Beziehung ein Beispiel für die Probleme, die ausländische juristische Tatsachen aufwerfen können. Bisher haben wir nur berücksichtigt, dass einige Rechtsnormen, deren Tatbestände als ein Merkmal auch die Klageerhebung enthalten, mit ihr nichts anzufangen wissen, wenn sie im Ausland geschehen ist.
Daneben und unabhängig davon ist jedoch die Frage zu stellen und zu beantworten, ob die Klageerhebung, so wie sie das ausländische Prozessrecht allgemein vorsieht und wie sie sich im Einzelfall vollzogen hat, den Vorstellungen und Absichten entspricht, die dem inländischen Gesetzgeber bei der Normierung der einschlägigen Rechtssätze vorgeschwebt haben.

3.31 Die Verwertung ausländischer Tatbestandsmerkmale wird von den Autoren, die das Problem überhaupt gesehen haben, zumeist als "Substitution", als Ersetzung eines inländischen Elementes durch ein ausländisches, gekennzeichnet 1).
Dieser Ausdruck, der den ausländischen Tatbestand als einen "Ersatz", als etwas Zweitrangiges, darstellt, ist irreführend. Es ist ja noch gar kein Inlandstatbestand vorhanden, der entfiele und gegen seine ausländische Entsprechung ausgetauscht würde.
Darüber hinaus wird dieser schillernde Begriff "Substitution" nicht immer einheitlich aufgefasst und teils mit der Frage der Anerkennung ausländischer Staatsakte, teils mit dem Problem der sogenannten "Vorfrage" in Verbindung gebracht.

3.311 Den ersten Weg hat Raape eingeschlagen. Er führt zunächst 2) ausländische Volljährigkeitserklärung, Entmündigung etc., Unterbrechung der Verjährung durch Klage im Ausland, Verlust der elterlichen Gewalt durch ausländisches Strafurteil als Beispiele an. Dann untersucht er die Natur des "Rechtssatzes, der dem inländischen Scheidungsurteil das ausländische gleichstellt", und kommt zu dem Schluss, es handle sich um eine lex mixta, teils Sachnorm, teils dem Prozessrecht angehörig. Im deutschen Recht sei sie der § 328 ZPO 3).
Diese Auffassung hängt damit zusammen, dass Raape annimmt, die Vorschrift des

---

1) So Lewald Règles générales S. 132; Raape Scheidungsakt S. 34; Vischer S. 44
2) Scheidungsakt S. 32 f.
3) Scheidungsakt S. 35 f.

§ 41 EheG erfasse nicht den Fall, dass Deutsche im Ausland geschieden werden 1). Die Scheidung von Ehegatten durch einen anderen als den Heimatstaat erfolge überhaupt nicht auf Grund einer im Abschnitt über Ehescheidung enthaltenen Sachnorm, sondern auf Grund jener anderen Sachnorm des Heimatstaates, nach welcher dem Scheidungsurteil des Heimatstaates ein ausländisches gleichgestellt ist 2).
Zur Begründung führt Raape an, § 41 EheG befehle implicite dem Richter, falls die Voraussetzungen der Scheidung gegeben sind, das Urteil zu erlassen 3). Der deutsche Gesetzgeber könne aber einem ausländischen Richter nichts befehlen.
Diese Rücksichtsnahme ist verfehlt. Ähnlich wie man bei der Zuständigkeit compétence directe und compétence indirecte auseinanderhalten muss 4), ist auch hier zu unterscheiden zwischen der Stellung, die die ausländischen Behörden einnehmen, wenn sie den § 41 EheG lesen, und unserer eigenen Reaktion, wenn uns ein ausländischer Scheidungsakt, der kein Urteil ist, aber einen deutschen Ehemann betrifft, vorgelegt wird.
Es mag sein, dass im ausländischen Staat keine Ehe anders als in der dort vorgeschriebenen Art und Weise geschieden wird. Die h.M. geht auch in Deutschland so vor 5). Das zwingt uns aber nicht, die Ehe eines Deutschen als aufgelöst zu betrachten, nur weil irgend ein ausländischer Akt, den wir formell anerkennen, dies ausspricht. Die Wirkung der Gestaltungsurteile ergibt sich nicht, wie Raape 6) meint, aus dem Urteil selbst. Das Urteil verwirklicht nur das vorher bestehende Gestaltungsrecht. Die Gestaltungswirkung folgt aus dem Gesetz - das Urteil wird dabei nur als Tatbestandsmerkmal verwertet 7).

Von uns wird die "Anerkennung", die § 328 ZPO normiert, als losgelöst verstanden von den Wirkungen, die das anerkannte Urteil nach deutschem Recht haben könnte. Es ist einfach da. Die deutschen Rechtsnormen sollen entscheiden, was sie mit ihm anfangen wollen.
Dabei kann es vorkommen, dass ein ausländisches Scheidungsurteil, das alle Voraussetzungen des § 328 ZPO erfüllt, dennoch einem inländischen nicht "gleichsteht",

---

1) Scheidungsakt S.37, 56. In ähnlicher Weise geht Falconbridge S.237, 557 davon aus, dass die Sachnormen nur für inländische Sachverhalte gelten - eine Folge der amerikanischen "Local Law" Theorie; s. deren Kritik bei Rabel I S.63.
2) a.a.O.
3) Scheidungsakt S.32
4) Vgl. Bartin I S.317
5) Vgl. KG IPRspr 1931 Nr.79 S.154 und Soergel-Kegel Art.17 N.45 mit weiteren Nachweisen. Kegel gibt a.a.O. N.48 selbst zu, dass darin u.U. eine gewisse Vergewaltigung des massgeblichen Scheidungsstatuts liegt.
6) Scheidungsakt S.37 f.
7) Vgl. Rosenberg § 87 I 2; Niese S.36 f.

weil der inländische Rechtssatz, der an das Scheidungsurteil die Auflösung der Ehe oder andere Folgen knüpft, diese Wirkungen ausdrücklich nur inländischen Urteilen zuerkennt.
Der § 328 ZPO gibt auch keine Auskunft darüber, ob das Urteil, das wir anzuerkennen haben, weil es die Voraussetzungen der genannten Bestimmung erfüllt, wirklich ein "Scheidungsurteil" im Sinne unserer Rechtsordnung ist.

Sedes materiae der "Substitution", wie sie hier verstanden werden soll, ist somit nicht der § 328 ZPO, sondern das inländische materielle Recht - bzw. Prozessrecht, wenn die Rechtswirkung diesem angehört: z.B. bei der Einrede der Rechtskraft aus einem inländischen Urteil. Es ist auch nicht eine einzige Vorschrift, sondern es gibt deren so viele wie Rechtswirkungen. Was hätte denn sonst für die Tatbestandselemente zu gelten, auf die sich § 328 ZPO nicht bezieht?

3.312 Lewald führt ebenfalls zunächst das Beispiel der Unterbrechung der Verjährung gemäss § 209 BGB an 1). Darauf definiert er das Problem der Substitution folgendermassen 2): "Le problème consiste dans la question de savoir si l'on peut substituer à un rapport de droit interne, considéré par la loi interne comme condition préjudicielle d'un effet juridique déterminé, un rapport analogue du droit étranger" 3).

Hier zeigen sich enge Berührungen mit dem Problem der "Vorfrage": Es sollen nicht nur einzelne Tatbestandselemente substituiert werden, sondern ganze Rechtsverhältnisse ("rapports de droit"). Auf diese Berührungen weist Vischer, der den Begriff der Substitution in Lewalds Ausprägung gebraucht, selbst hin 4).

3.312.1 Der Begriff der Vorfrage wird seinerseits nicht einheitlich gebraucht. Wengler bezeichnet das, was üblicherweise 5) "Vorfrage" genannt wird, als "Teilfrage" 6). Vorfrage ist für ihn die Frage nach dem Sinn der Teilfragen, der Teilinhalte 7). Bei Serick bedeutet wiederum "Teilfrage" etwas ganz anderes, nämlich nur unselbständige Glieder einer Rechtsfigur 8). Dem Folgenden soll Sericks Terminologie zu Grunde gelegt werden.
Auch Wengler kennt Teilfragen in Sericks Sinne. Es sind dies jene Teilinhalte, die das Kollisionsrecht des Forums, das ja als erstes mit dem zu beurteilenden

---

1) Règles générales S.133
2) a.a.O. S.134
3) So auch Vischer S.44
4) S.45
5) Melchior S.246; Raape IPR S.116 ff.; Serick S.642
6) Vorfrage S.149 N.1
7) Vorfrage S.149
8) S.643; vgl. jetzt auch Wengler Réflexions S.675

Sachverhalt in Berührung kommt, von vorneherein isoliert und gesondert anknüpft; so z.B. Form und Geschäftsfähigkeit 1).

Die eigentlichen Vorfragen treten in diesem Stadium noch nicht auf, sondern erst nach Zuweisung des ganzen Komplexes an eine bestimmte lex causae. Diese bestimmt dann z.B., dass "Ehegatten" erben. Die Frage, ob dieses normhaltige Tatbestandselement 2) vorliegt, ob eine bestimmte Person Ehegatte des Erblassers ist, wird von der Rechtsordnung entschieden, welche die darin "enthaltenen" Normen allgemein - also auch dann, wenn sie allein stehen - regelt. Welche Ordnung das ist, ob sie vom IPR der lex causae oder von dem des Forums ausgewählt wird, kann hier dahinstehen.
Uns interessieren nicht die normhaltigen Tatbestandselemente, die selbst nicht lokalisierbar sind, sondern nur die "Tatsachenbegriffe" 3). Es trifft zwar zu, dass auch die Verwendung rechtlicher Vorfragen letztlich wieder auf reine Tatsachenbegriffe zurückführt 4). Diese sind dann jedoch Tatbestandselemente nicht der Hauptfrage, sondern der Vorfrage. Der Begriff "Ehegatte" in einem Erbrechtssatz soll nicht eine Abkürzung sein für "Person, die sich mit dem Erblasser in der Form der §§ xyz zur dauernden Lebensgemeinschaft verbunden hat". Dann käme man nämlich dazu, auch insoweit, als der Bestand der Ehe in Frage steht, das materielle Recht der Hauptfrage - und nicht nur ihr IPR - anzuwenden.
Das Recht der Hauptfrage, das dem Ehegatten ein Erbrecht zuerkennt, will aber gar nicht bis auf den Grund des präjudiziellen Rechtsverhältnisses zurückgehen, sondern begnügt sich mit dem Aufstellen eines Begriffsrahmens, dessen Ausfüllung es anderen Rechtsquellen überlässt 5). Letztere sind dieselben, die den präjudiziellen Begriff auch selbständig oder für andere Hauptfragen der gleichen Rechtsordnung bestimmen 6). Da sich unsere Arbeit nur mit inländischen Rechtsnormen beschäftigt, genügt es nicht, wenn die Hauptfrage deutschem Recht untersteht; dies muss auch für den präjudiziellen Begriff gelten. Damit entfällt jedoch zugleich das iprechtliche Problem der Eingliederung - oder, wenn man will "Substitution" - fremder Rechtsinhalte.

3.312.2 Der Unterschied zwischen der Eingliederung fremder Rechtsinhalte und der Verwertung fremder (tatsächlicher) Tatbestandselemente führt auch zu Abweichungen bei der Lösung der Frage ihrer Gleichwertigkeit mit inländischen Inhalten bzw. Tatsachen.

---

1) Vorfrage S.153
2) Vgl. Engisch S.109 f., 123
3) Vgl. dazu Wengler Vorfrage S.149
4) So Wengler Vorfrage S.150
5) Wengler Vorfrage S.152, 154. Zur Stellung von Rechtsbegriffen im Tatbestand vgl. ferner Kegel Gegenstand des IPR S.20 f. und zur Aufstellung von Rahmenbegriffen Kegel a.a.O. S.28, 33
6) Serick S.643

Das Problem der Vorfrage ist weitgehend ein Qualifikationsproblem 1). Das die Vorfrage anknüpfende IPR lässt nicht die lex causae, sondern ein drittes Recht darüber entscheiden, ob ein normhaltiges Tatbestandselement gegeben, ob z.B. jemand Ehegatte eines anderen ist. Wenn diese Frage allein stünde, also bei der Qualifikation im üblichen Sinne, müsste der deutsche Richter folgendermassen vorgehen: Ausgehen muss er von dem realen Sachverhalt, dass zwei konkrete Personen in bestimmter Form Erklärungen abgegeben haben, die sie als Eheschliessung gewertet wissen wollen. Dem deutschen IPR sind nun all die Kollisionsnormen zu entnehmen, die mit der Eheschliessung etwas zu tun haben, nämlich die materiellen Ehevoraussetzungen und die Form regeln. In Verbindung mit den jeweils entscheidenden Anknüpfungspunkten gelangt der Richter zu einer oder mehreren ausländischen materiellen Rechtsordnungen, von denen jede Vorschriften über die Eheschliessung enthält. Er muss sich nun vorstellen, dass jede dieser einzelnen Gruppen von Eheschliessungsvorschriften Bestandteil seiner eigenen (der deutschen) Rechtsordnung wäre. Von diesem Standpunkt aus hat er aus dem ausländischen Recht diejenigen Normen herauszusuchen, derentwegen das deutsche IPR auf jenes Recht verwiesen hat. Der Rechtsordnung, die ihm das deutsche IPR als für die Ehefähigkeit massgeblich zur Verfügung stellte, entnimmt er z.B. die Vorschriften, die nach ihrem Gesamtzusammenhang vom Standpunkt des deutschen - materiellen - Rechts aus die Ehefähigkeit regeln. Sie sagen ihm, ob im Einzelfall die Ehefähigkeit zu bejahen ist 2).
Der Gegenstand der Kollisionsnorm sind abstrakte Rechtsbeziehungen, Rechtsinstitute. Die Kollisionsnorm erklärt, die dazu gehörigen Normen seien jener Rechtsordnung zu entnehmen, in bezug auf welche die Anknüpfung verwirklicht ist 3). Jene fremde konkrete Sachnorm muss sich nun auch wirklich mit der von der Kollisionsnorm berufenen Sachnorm (bzw. Normengruppe) decken 4). Oder, wie es Kegel 5) ausdrückt: Sachverhaltsrahmen und Tatbestandsrahmen müssen sich decken.

Diese Qualifikation ist auch bei der Vorfrage erforderlich. Zu dem Streit Qualifikation nach der lex fori - Qualifikation nach der lex causae 6) kommt ein weiterer hinzu. Soll die Vorfrage nach dem Recht des Forums oder nach der lex causae an-

---

1) Vgl. Wengler Vorfrage S.155, Réflexions S.655. Rigaux No.298 geht von einem engeren Begriff der Qualifikation aus; vgl. darüber hinaus aber auch No.304 S.467.
2) Vgl. ferner die Beispiele bei Falconbridge S.254, 257, 556
3) Neuner S.118; Wengler Qualifikation S.344 f., 357 f., Reflexions S.673; Zitelmann IPR II S.10. Auf die vielen gegensätzlichen Meinungen zum Gegenstand des IPR kann hier nicht weiter eingegangen werden.
4) Vgl. Raape IPR S.108
5) Gegenstand des IPR S.29
6) Einerseits Raape IPR S.108 f. und die h.M. - andererseits M.Wolff S.54

geknüpft werden 1)? Bei Anknüpfung nach der lex causae erfolgte auch die iprechtliche Qualifikation nach dieser als der verweisenden Rechtsordnung 2).

Darüber hinaus wird hier aber auch noch eine zweite Qualifikation nötig 3). Bisher ist nur geklärt worden, welches Recht die Vorfrage beantworten und z.B. sagen soll, ob jemand eines anderen Ehegatte ist. Etwas ganz anderes ist es, ob die so gefundene Antwort der Frage entspricht oder an ihr vorbeigeht: ob "Ehegatte" nach dem Recht der Vorfrage auch "Ehegatte" nach den Begriffen des für die Hauptfrage massgeblichen Rechts ist.
So wie bei der üblichen (iprechtlichen) Qualifikation Begriffe eines Kollisionsrechts und eines Sachrechts zu vergleichen sind, müssen hier die Begriffe zweier Sachrechte zueinander in Beziehung gesetzt werden.
Normalerweise wird diese Qualifikation mit jener zusammenfallen, wenn nämlich die Begriffe des Sachrechts der Hauptfrage und des die Vorfrage anknüpfenden Kollisionsrechts übereinstimmen. Wenn sie ein und derselben Rechtsordnung angehören, wird man das wohl annehmen dürfen 4). Anders schon, wenn man 5) die Vorfrage nicht nach dem IPR der lex causae sondern nach dem des Forums anknüpft.

Die letztgenannte Art der Qualifikation ist entscheidend dafür, ob der von der Norm der Hauptfrage aufgestellte Rahmen ausgefüllt ist, ob der von der Hauptfrage vorausgesetzte "präjudizielle Teilinhalt" zur Verfügung gestellt wird.

Wie geht nun diese Qualifikation vor sich? Der Sinn des präjudiziellen Teilinhalts ist im Wege der Interpretation dem Recht zu entnehmen, das ihn als Teil des Tatbestands einer Norm aufstellt: der lex causae der "Hauptfrage" 6). Der Teilinhalt - z.B. "Ehegatte" - kann als solcher in den verschiedensten Zusammenhängen Bedeutung erlangen 7). Es wäre sicher zuviel verlangt und würde der Auffassung des Teilinhalts als eines Rahmenbegriffs widersprechen, wollte man fordern, der Teilinhalt müsse auch im Recht der Vorfrage in jeder Hinsicht gleich ausgestaltet sein wie im Recht der Hauptfrage 8).

---

1) Im letzteren Sinne Melchior S.249; Wengler Vorfrage S.194, Qualifikation S.360
2) Vgl. Raape IPR S.113; Melchior S.175
3) Oder, wenn man Falconbridge S.236 folgt, gar eine dritte. Die erste Qualifikation wird an der Nahtstelle zwischen Sachnorm der Vorfrage und Kollisionsnorm, die zweite an jener zwischen fremder Sachnorm und Kollisionsnorm nötig.
4) Nussbaum DIPR S.48; einschränkend Wengler Qualifikation S.353 ff.
5) mit Raape IPR S.119, Soergel-Kegel vor Art.7 N.48, Kegel Lb S.105, Rigaux No.294 und Falconbridge S.251 ff.
6) Vgl. Wengler Vorfrage S.151
7) Für den Begriff der unehelichen Vaterschaft vgl. BGHZ 5, 389
8) Wengler Vorfrage S.156

Stattdessen werden als Kriterien für die Übereinstimmung bzw. Gleichwertigkeit 1) gewisser Inhalte aus einer fremden Rechtsordnung mit dem präjudiziellen Begriff 2) angeführt:

a) der Tatbestand des Rechtsbegriffs 3),
b) seine Rechtswirkungen 4),
c) seine Funktion im Gesamtsystem der Rechtsordnung 5).

Dagegen soll die "bloss juristisch-technische Ausgestaltung" in der Regel bedeutungslos sein 6).

3.32 Diese Gesichtspunkte lassen sich für die "Substitution" von Tatsachenbegriffen nicht unverändert übernehmen. Die juristische Tatsache ist selbst Tatbestand und kann ihrerseits auf keinen weiteren mehr zurückgeführt werden. Die Funktion der Tatsache im Recht des "Ursprungsstaates" und die Rechtswirkungen, die sie dort hervorbringt, sind nur in Einzelfällen von Bedeutung 7).
Dagegen kommt es in erhöhtem Masse auf die "juristisch-technische Ausgestaltung" an. Allgemeine Regeln lassen sich hierfür nicht aufstellen. Jede Gruppe von Tatbestandselementen muss für sich untersucht werden.

3.321 Dabei wird man einen Unterschied zu machen haben zwischen den juristischen Tatsachen, die die Natur aus ganz unjuristischen Gründen hervorbringt, und andererseits den juristischen Tatsachen, die überhaupt nur wegen ihrer Funktion in der Rechtsordnung geschaffen werden.
Zwar werden alle Tatbestandselemente erst von der Rechtsordnung zu juristischen Tatsachen gemacht; umgekehrt sind die meisten juristischen Tatsachen auch tatsächliche, sinnlich wahrnehmbare Vorgänge. Aber es ist doch etwas anderes, ob eine juristische Tatsache in einer Körperverletzung besteht - also einem primär physischen Vorgang - oder in der Erhebung einer Klage, die schon primär

---

1) Rigaux No. 292
2) Vgl. Nussbaum DIPR S. 48; Lewald Règles générales S. 138; Wengler Réflexions S. 668, 670
3) Wengler Vorfrage S. 160; Kegel Gegenstand des IPR S. 29 und Soergel-Kegel vor Art. 7 N. 41; Wengler Qualifikation S. 346: Es kommt auf Tatbestand und Rechtsfolge zusammen an.
4) RGZ 163, 376; Wengler Vorfrage S. 160 f.; Kegel a. a. O. S. 29 f.; Soergel-Kegel a. a. O.; Vischer S. 47
5) Wengler Vorfrage S. 181, 185, Qualifikation S. 346 f., 351; Kegel a. a. O. S. 32; Soergel-Kegel a. a. O.; Vischer S. 8 f., 28, 46. Abweichend Melchior S. 124 f.
6) Vischer S. 9
7) Allgemeiner Schwarz S. 33

wenn nicht allein, rechtliche Bedeutung hat, obwohl sie durch Übergabe eines Schriftstückes oder durch eine Erklärung in der mündlichen Verhandlung vorgenommen wird.

Diese Unterscheidung gewinnt dadurch Bedeutung, dass die "natürlichen" juristischen Tatsachen sich, abgesehen von Umweltbedingungen, die auch innerhalb eines Staates unterschiedlich sein können, gleichbleiben selbst wenn sie sich im Ausland verwirklichen.
Die "künstlichen" juristischen Tatsachen, zumal solche an denen eine Behörde beteiligt ist, sind hingegen eine Funktion der Rechtsordnung, die sie hervorbringt. Hierher gehört auch die Klageerhebung. Es hängt von der Gerichtsorganisation und der Verfahrensordnung ab, wie der einzelne Staat auf seinem Gebiet die Erhebung der Klage ordnet. Wenn man also wissen will, ob ein im Ausland vorgenommener Akt eine Klageerhebung ist, muss man ihn zunächst "qualifizieren". Das gilt auch dort, wo die Klageerhebung nur als eine bestimmte Willensbetätigung bedeutsam ist, denn über den Gesetzeswortlaut, der nicht eine einfache Willenserklärung sondern eben eine "Klage" fordert, können wir uns nicht hinwegsetzen. Dabei ist zu untersuchen ob der Akt im Rahmen der Rechtsordnung, der er entstammt, dieselbe Funktion erfüllt wie bei uns die Zustellung der Klageschrift nach § 253 ZPO 1).

Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass der erfolgreich als "Klageerhebung" qualifizierte ausländische Akt die vom Inlandsrecht an die Klage geknüpften materiellrechtlichen Folgen auslöst. Bis jetzt sind nur die Tatsachen ausgeschieden, die als Klageerhebung n i c h t in Frage kommen. Der Tatbestand der deutschen Norm geht aber immer noch von bestimmten formalen Vorstellungen über das Aussehen einer Klageerhebung aus, denen auch der ausländische Akt entsprechen muss 2). Erhoben ist die Klage mit Rechtshängigkeit 3). Die Auslegung dieses Begriffes ist dem § 253 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 261 b Abs. 3 ZPO zu entnehmen. Wie die inländische Klage 4) muss auch die im Ausland erhobene den zwingenden Anforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO genügen.

---

1) Vgl. Riezler IZPR S. 118, der allerdings von einer doppelten Qualifikation nach der lex fori und der lex causae spricht. Eine ähnliche Konstruktion doppelter Qualifikation wendet Schnitzer I S. 108 f. anscheinend allgemein an. In Wirklichkeit handelt es sich dabei um nichts anderes als um die Berücksichtigung des ausländischen Rechts, wie sie bei jeder Qualifikation nach der lex fori nötig ist: vgl. Wengler Réflexions S. 684 f.; Raape IPR S. 108; Falconbridge S. 254 f..
2) So wie RGZ 61, 390 davon spricht, dass die ausländische prozessuale Handlung, um die Folgen des § 209 Abs. 2 Nr. 4 BGB herbeizuführen, "die wesentlichen Voraussetzungen der deutschen Streitverkündung in sich tragen" müsse. Ebenso RG LZ 1929, 1206 für das ausländische Beweissicherungsverfahren.
3) Staudinger-Coing § 209 N. 6; a. A. Riezler IZPR S. 451
4) Vgl. RGZ 84, 309 (311); 45, 424; BGH LM § 253 ZPO Nr. 16

3.322 Das wäre nur anders, wenn die Form der Klageerhebung nach IPR von den Vorschriften eines ausländischen Rechtes geregelt würde.
Das könnte zunächst aufgrund des Satzes "locus regit actum" der Fall sein. Wir haben gesehen, dass sich Katinszky 1) und Kallmann 2) in anderem Zusammenhang auf ihn berufen. Sie versuchen damit ihre Meinung zu begründen, dass jede im Ausland erhobene Klage die Verjährung nach deutschem Recht unterbreche. Wenn das auch nicht zutrifft, da die Klageerhebung die Verjährung nicht als eine Art "qualifizierte Mahnung" unterbricht, ist es doch jedenfalls denkbar, diesen Vorschlag auf jene Fälle anzuwenden, wo die Klageerhebung wirklich nur als unzweideutiger Ausdruck des klägerischen Willens wirkt (z.B. §§ 847, 1300 BGB). Auch hier kann die Klage in der Ortsform die deutschen Klageformalien jedoch nur dann ersetzen, wenn das ausländische Recht den §§ 847 und 1300 BGB entsprechende Vorschriften enthält, m.a.W. wenn die Erhebung der Klage nach ausländischem Recht dieselbe materiellrechtliche Nebenwirkung hat wie nach deutschem. Das lässt sich nicht für alle Rechtsnormen und alle Länder einheitlich sagen. Auf die Vergleichbarkeit der prozessualen Wirkungen der Klageerhebung kommt es dabei nicht an, weil die Klage hier eben bloss als verkappte Willenserklärung wirkt.

Anders verhält es sich in den zahlenmässig überwiegenden Fällen, in denen die materiellen Nebenwirkungen nur mit Rücksicht darauf normiert wurden, dass die Klageerhebung der erste prozessuale Schritt zum Urteil hin ist (z.B. Unterbrechung der Verjährung). Hier hängt die materielle Wirkung von der prozessualen (der Rechtshängigkeit) ab. Das bedeutet zugleich aber auch, dass keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung vorliegt und folglich schon aus diesem Grunde die "lex loci actus" unanwendbar ist.
Dafür greift in diesen Fällen der Grundsatz ein, dass sich die Form von Prozesshandlungen nach der lex fori richtet 3) 4). Unser ordre public wird nur verlangen, dass dem § 253 Abs.2 Nr.2 ZPO so genügt wurde, dass feststeht welches Recht gel-

---

1) S.863
2) SJZ S.215, RCr S.28 ff.
3) Vgl. Riezler IZPR S.91; Morelli S.17
4) Auch nach Morelli, S.42, bestimmt das inländische Prozessrecht, ob die formalen Voraussetzungen einer inländischen Prozesshandlung erfüllt sind, an welche eine ausländische und als solche massgebliche Rechtsordnung materiellrechtliche Folgen knüpft; über den umgekehrten Fall, der uns hier interessiert, - Klage im Ausland, deutsches Recht materiell massgeblich - sagt Morelli, S.276, allerdings insoweit nichts. S. ferner Zitelmann II S.263, der allgemein annimmt, das Wirkungsstatut verstehe unter Prozessbeginn denjenigen prozessualen Akt, in welchem das Recht des ausländischen Gerichtsortes den Beginn des Prozesses sieht.

tend gemacht wurde, und dass eine Zustellung erfolgt ist 1).
Nicht massgeblich ist die lex fori für die andere Fallgruppe, die nur auf die Willensbetätigung abstellt. Dort ist das prozessuale Ziel unabhängig von der Geltendmachung des Anspruchs. Dass für diese die Klageerhebung vorgeschrieben ist, dient nur der Klarheit und Rechtssicherheit. Die Formvorschriften des § 253 ZPO sind deshalb uneingeschränkt anwendbar, soweit nicht die lex loci actus massgeblich ist. Sie sind ggf. zusätzlich zu den ausländischen Bestimmungen zu erfüllen.

---

1) Vgl. Kussi S. 76

LEBENSLAUF

Am 20. Oktober 1935 wurde ich in Troppau/Schlesien als Sohn des Fabrikanten Josef Kudlich und seiner Ehefrau Herta geb. von Glatter—Götz geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Jägerndorf trat ich 1946 in die Oberrealschule Kempten/Allgäu ein, wo ich 1954 die Reifeprüfung bestand.

Ich studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten München (1954/55 und 1956/58) und Paris (Wintersemester 1955/56 und Sommersemester 1956) und legte im Sommer 1958 in München die erste juristische Staatsprüfung ab. Den Vorbereitungsdienst verbrachte ich bei Gerichten und Verwaltungsbehörden in Kempten, München und Augsburg, sowie ein Semester lang an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer. Seit ich am 23. August 1962 die zweite juristische Staatsprüfung in Bayern bestanden habe, bin ich Assessor.

Von der Universität Paris habe ich das "Diplôme de Droit Comparé" erhalten. Während meiner Referendarzeit nahm ich an einer Law Session des Salzburg Seminar in American Studies teil.